DIE MITTELBARE TÄTERSCHAFT

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE
DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT
ZU ROSTOCK

VORGELEGT VON

CURT SCHMINCKE

REFERENDAR AUS BRAUNSCHWEIG.

BRAUNSCHWEIG
DRUCK VON ALBERT LIMBACH
1911.

DIE MITTELBARE TÄTERSCHAFT

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE
DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT
ZU ROSTOCK

VORGELEGT VON

CURT SCHMINCKE

REFERENDAR AUS BRAUNSCHWEIG.

ACAD.
IUGD.BAT.
BIBL.

BRAUNSCHWEIG
DRUCK VON ALBERT LIMBACH
1911.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
Kapitel I:	Einleitung	1
„ II:	Mittelbare Täterschaft im allgemeinen	10
„ III:	Zurechnungsunfähigkeit	15
„ IV:	Unwiderstehliche Gewalt, Drohung	21
„ V:	Strafunmündigkeit, beschränkte Strafmündigkeit	25
„ VI:	Täuschung	31
„ VII:	Doloses Werkzeug	33
„ VIII:	Befehl	38

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553615_0108

Literatur-Übersicht.

Abegg, Beiträge zu der Lehre von dem Verhältnis des intellektuellen Urhebers eines Verbrechens zu dem physischen Urheber im Archiv des Kriminalrechts. Jahrgang 1841.

v. Bar, Die Schuld nach dem Strafgesetze. 1907. 1. Aufl.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1906. 1. Aufl.

Berner, Lehrbuch. 1898. 18. Aufl.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. 1872. 1. Aufl.

Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme. Berlin 1890. 1. Aufl.
— Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang.

Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, insbesondere die Teilnahme am Verbrechen und die mittelbare Täterschaft nach deutsch-preußischem Recht. 1888. 1. Aufl.

v. Buri, Die Kausalität. 1873. 1. Aufl.

van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht. 1891. 1. Aufl.

Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme. 1909. 1. Aufl.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1904. 1. Aufl.

Frank, Strafgesetzbuch. 1908. 5. bis 7. Aufl.

Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. 1884. 1. Aufl.

Glaser, Gesammelte kleinere Schriften über Strafrecht, Zivil- und Strafprozeß. 1868. 1. Aufl.

Graetzer, Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzelnen Deliktsklassen. Dissertation. Erlangen 1907. 1. Aufl.

Elsner von Gronow-Sohl, Militärstrafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1906. 1. Aufl.

Haupt, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Band XV.

Hälschner, Das allgemeine deutsche Strafrecht. Band II. 1887. 1. Aufl.

v. Helldorf, Die mittelbare Täterschaft und die Verleitung zum Falscheide. Dissertation. Halle 1895. 1. Aufl.

Hermes, Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Dissertation. Berlin 1878. 1. Aufl.

Herzog, Über die Strafbarkeit und Straflosigkeit im Sinne des Reichsstrafgesetzbuches mit besonderer Rücksicht auf die Lehre von der Teilnahme im Gerichtssaal. Band XXIV, XXVI, XXXVIII.
Hoepfner, Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Band XXII.
Kohler, Studien aus dem Strafrecht. 1890. 1. Aufl.
v. Koppmann-Weigel, Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1903. 3. Aufl.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
v. Lilienthal, Der Hypnotismus und das Strafrecht in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Band VII.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1908. 16. und 17. Aufl.
Loening, Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs. 1889. 1. Aufl.
— Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht. 1885. 1. Aufl.
Majer, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft. Dissertation. Heidelberg 1905.
Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889.
Meyer-Allfeld, Deutsches Strafrecht. 1907. 6. Aufl.
Mittermaier, Gutachten über § 300 StGB. in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Band XXI.
Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen. 1903. 1. Aufl.
Neumeister, Mittelbare Täterschaft und Hypnotismus. Dissertation. Greifswald 1900.
v. Nostiz-Wallwitz, Das militärische Delikt des Ungehorsams. 1906. 1. Aufl.
Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1909. 8. Aufl.
Oppenhoff-Delius, Deutsches Strafgesetzbuch. 1901. 14. Aufl.
Rämisch, Die Suggestion und das Strafrecht in Goltdammers Archiv für Strafrecht. 41. Jahrgang.
Ronde, Mittelbare Täterschaft. Dissertation. Erlangen 1907.
Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1892. 4. Aufl.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1874. 2. Aufl.
Seefried, Beihilfe, mittelbare Täterschaft, RStGB. § 46 und das Reichsgericht in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. 73. Jahrgang, Nr. 8.
Tosetti, Die Möglichkeit strafbarer Anstiftung und Beihilfe zu Handlungen noch nicht 12jähriger Personen. Dissertation. Erlangen 1908.
Wachenfeld, Strafrecht in von Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 1903. 1. Aufl.
Wirk, Ein Verführter als Anstifter, im Gerichtssaal. 20. Jahrgang.

Kapitel I.

Einleitung.

Mittermaier sagt in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band XXI, Seite 212: „Die sogenannte ‚mittelbare Täterschaft', eine künstliche Erweiterung, die dem Zwecke dient, eine zweifellos strafrechtlich relevante Tätigkeit zu fassen, die anders straflos bleiben müßte, ist immer nur ein juristisches Gebilde."

Er bezeichnet die mittelbare Täterschaft also als ein juristisches Gebilde und zugleich als eine künstliche Erweiterung, die einem strafrechtlich wünschenswerten Zwecke dienen soll. Tatsächlich gehört auch der Ausdruck „mittelbare Täterschaft" nicht der Sprache des Gesetzes an, sondern er ist durch die Wissenschaft geprägt, ebenso wie die Normen der mittelbaren Täterschaft ebenfalls durch die Wissenschaft festgestellt und entwickelt sind. Es findet sich hier und da statt der Bezeichnung „mittelbarer Täter" die Wendung „fingierter Täter"[1]); dieser Ausdruck ist ungenau, da, wie unten noch weiter auszuführen sein wird, der mittelbare Täter nicht fingiert wird, sondern ein wirklicher Täter ist.

Wenn die mittelbare Täterschaft nun ferner eine künstliche Erweiterung zu dem Zwecke sein soll, eine zweifellos strafrechtlich relevante Tätigkeit zu fassen, die anders straflos sein müßte, dann liegt die Frage nahe, unter welchen Umständen überhaupt eine strafrechtlich relevante Tätigkeit nach dem bestehenden Gesetz gefaßt werden kann, mit anderen Worten, wann derjenige, der einen strafbaren Erfolg herbeiführt, bestraft werden kann.

Um jemandem einen Erfolg zurechnen zu können, muß er durch sein Handeln den Eintritt desselben verursacht haben. Das hat er aber immer dann getan, wenn ohne Ausführung der be-

[1]) Vgl. Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1874), S. 148, Note 3.

treffenden Handlung der Erfolg nicht eingetreten wäre. Dieses Verhältnis zwischen Handlung und Erfolg nennt man in der Wissenschaft „Kausalzusammenhang".

Der Erfolg kann nun in verschiedener Weise verursacht werden. Erstens dadurch, daß jemand physisch handelt, z. B. einen Menschen in das Wasser stößt oder eine Sache wegnimmt. Zweitens aber dadurch, daß er in einem anderen Menschen den Gedanken wachruft, die vorbezeichneten Handlungen zu begehen; drittens kann er sich an der Tat aktiv beteiligen. Das kann er wieder in verschiedener Form tun. Er kann den Menschen mit anfassen und in das Wasser stoßen oder die Sache mit wegnehmen. Er kann sich aber auch in einer Weise betätigen, daß der andere in seinem Vorhaben nur bis zu einem gewissen Grade unterstützt wird, z. B. in der Weise, daß er den Menschen, der in das Wasser gestoßen werden soll, unter irgend einem Vorwand nach der betreffenden Stelle hinsendet.

In einem jeden der vorbezeichneten Fälle wäre der Erfolg nicht eingetreten, wenn man sich eine der angegebenen Handlungen als nicht geschehen denkt. Der Erfolg ist, soweit zwei Handelnde in Frage kommen, durch beide verursacht. Beide haben auf den Lauf der Ereignisse so eingewirkt, daß deren Veränderung in dem von den Handelnden gewollten Sinne erfolgt ist. Es wäre also durchaus natürlich, wenn beide aus demselben Gesichtspunkte bestraft würden, nämlich beide als Täter; derjenige, der den Menschen in das Wasser stößt, als unmittelbarer, und derjenige, der ihn dazu veranlaßt, als mittelbarer Täter. Es ließe sich ein Strafgesetz denken, das nur den „Täter" bestrafte und damit auf einfachem Wege zu durchaus befriedigenden Resultaten kommen würde. Unser Strafgesetzbuch bedroht jedoch neben dem Täter noch den Teilnehmer mit Strafe. Es entsteht daraus die schwierige Frage, inwieweit derjenige, der zu einem Erfolg mit beigetragen hat, als Täter und inwieweit als Teilnehmer anzusehen ist. Die große Anzahl der Methoden, durch die man den Täter von dem Teilnehmer unterscheiden will, ist der beste Beweis für die Schwierigkeit der Lösung der Frage einerseits, und die Unklarheit, die auf diesem Gebiete noch herrscht, andererseits. Verschiedene wollen den Unterschied, ob jemand als Täter oder Teilnehmer — als solcher kommt übrigens in diesem Passus nur der Gehilfe in Betracht — zu behandeln ist, darin finden, in welchem Maße das Handeln des Betreffenden für den Erfolg kausal geworden ist. Sie messen gewissermaßen die Kräfte, die von den Beteiligten in Tätigkeit gesetzt werden, und bezeichnen

denjenigen, der die größte Kraft, bzw. ein gewisses Maß von Kraft angewendet hat, als Täter, und denjenigen, der dieses Maß nicht erreicht, als Teilnehmer. Juristisch gesprochen soll derjenige, der verursacht, Täter sein, und derjenige, der nur eine Bedingung setzt, Teilnehmer. Nun wieder die Grenzen von Ursache und Bedingung sicher zu bestimmen, darüber herrscht lebhafter Streit. Birkmeyer[1]) bezeichnet als Ursache die wirksamste Bedingung. Nach Binding[2]) ist Ursache diejenige Bedingung, die den auf den Erfolg zustrebenden Kräften das Übergewicht über die sich dem Erfolg entgegenstellenden Kräfte verschafft, sogenannte Übergewichtstheorie. Kohler[3]) wiederum sieht als Ursache die Existenz erregende Bedingung an und v. Bar[4]) schließlich diejenige Bedingung, die dem Erfolg adäquat ist und ihn nach der „Regel des Lebens" herbeiführt. Außerdem bemühen sich noch die subjektiv und objektiv adäquaten Theorien, zu einem befriedigenden Resultate zu kommen. Zu ihren Verfechtern gehören unter anderen: Träger und Liepmann, auch Meyer-Allfeld[5]).

---

[1]) Birkmeyer, Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang, s. auch GS. 37 255.

[2]) Binding, Die Normen und ihre Übertretung (1872), I, 116 (2. Aufl.).

[3]) Kohler, Studien aus dem Strafrecht (1890), I, 83: Der Unterschied zwischen der causa als der Ursache und der bloßen Bedingung ist ein berechtigter und namentlich für das Strafrecht fruchtbarer. Die causa, im Gegensatz zur bloßen Bedingung, ist das die Existenz erregende und darum für Art und Intensität wesentlich bestimmende Element.

[4]) v. Bar, Die Lehre vom Kausalzusammenhang (1871).

[5]) Meyer-Allfeld, Deutsches Strafrecht (1907), S. 157: Vielmehr ist die menschliche Handlung, sofern sie überhaupt in der Reihe der Bedingungen des Erfolges sich befindet, als Ursache dieses Erfolges im Sinne des Strafrechts dann und nur dann anzusehen, wenn sie nicht durch eine außerhalb des Kreises erfahrungsgemäßer Vorstellungen liegende Verkettung von Umständen Bedingung des Erfolges geworden ist. Diese Voraussetzung trifft zu, Kausalzusammenhang besteht also sowohl dann, wenn die Handlung schon ihrer Natur nach allgemein geeignet war, einen Erfolg der betreffenden Art nach sich zu ziehen' (wie z. B. ein Stich oder ein Schuß gegen ein edles Organ allgemein geeignet ist, den Tod herbeizuführen) als auch dann, wenn zwar die Handlung nur vermöge ihrer Verbindung mit anderen Umständen zur Bewirkung des Erfolges sich eignete, die entweder zur Zeit der Tat schon vorlagen oder ihr nachfolgten, aber diese Verbindung nach der Erfahrung des Lebens regelmäßig oder doch nicht selten eintritt.

Im Gegensatz zu den vorbezeichneten Theorien steht die Theorie, die v. Buri[1]) begründet hat und die in der Praxis des Reichsgerichts die herrschende geworden ist. Sie unterscheidet den Täter vom Teilnehmer nicht mehr darnach, ob der eine den Erfolg verursacht, der andere nur eine Bedingung dazu gesetzt hat, sondern sie geht von dem Grundsatz aus, daß sämtliche Bedingungen, die für den Erfolg bestimmend gewesen sind, einander gleichwertig sind, und läßt dann darüber, ob das Setzen der einen oder der anderen Bedingung als Täterschaft oder als Teilnahme auszulegen ist, den Willen, mit dem der Betreffende gehandelt hat, entscheiden.

Es ist nicht zu leugnen, daß die erste Gruppe der Theorien in der Praxis in der Regel zu befriedigenden Resultaten führen wird. Trotzdem ist der ihnen zugrunde liegende Gedanke nicht richtig. Die letzte Frage, auf die die sämtlichen Theorien hinauslaufen, ist die: Wieviel hat jemand zur Herbeiführung des Erfolges getan? Die Entscheidung dieser Frage darf jedoch nicht maßgebend sein, um den Handelnden als Täter oder als Teilnehmer anzusehen. Denn es kann jemand sehr viel zu einem Erfolge beitragen und trotzdem nicht Täter sein und umgekehrt. Siehe hierzu: Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1909): „Die Unterscheidung zwischen Ursachen eines Erfolges und Bedingungen desselben halte ich für wissenschaftlich unhaltbar".

Aber auch die v. Buri'sche Theorie befindet sich nicht auf dem richtigen Wege. Der Wille, mit dem jemand handelt, kann keinen Anhaltspunkt zur Beurteilung dessen bilden, was er tut, ganz abgesehen davon, daß die Unterscheidung in der Praxis auf unüberwindliche Schwierigkeiten stößt. Weiß doch der Handelnde oft selbst kaum, ob er bei Begehung der Tat mit dem Täterwillen oder mit dem Gehilfenwillen gehandelt hat. Ihm kommt es doch regelmäßig nur auf den Erfolg an.

Die v. Buri'sche Theorie wird unter anderen auch von Merkel bekämpft (Lehrbuch des deutschen Strafrechts [1889], Seite 106):

„Einen Gegensatz zu den Theorien, welche nur gewisse irgendwie ausgezeichnete Bedingungsverhältnisse zwischen Handlung und Erfolg als strafrechtlich relevant gelten lassen wollen, bildet die Ansicht, daß alle Bedingungen eines Erfolges schlechthin gleichwertig, alle Unterscheidungen also, welche hier gemacht worden sind, rein imaginäre seien. Dieselbe führt in der oben § 38 unter 1 bezeichneten Richtung zu den richtigen Entschei-

[1]) v. Buri, Die Kausalität (1873).

dungen, ist aber an sich unhaltbar und eine Quelle mannigfacher Irrtümer . . . Im einzelnen lassen sich der Theorie mit speziellerer Beziehung auf die Fragen des Strafrechts die folgenden Sätze entgegenstellen:

a) Die Überwindung verschieden großer und verschieden gearteter Hindernisse, welche sich einem Erfolg entgegenstellen, für kausal gleichwertig zu erklären, hat keinen verständlichen Sinn. Sie ist es überhaupt nicht und speziell nicht für den Standpunkt des Strafrechts.

b) Unter den Faktoren eines Ereignisses lassen sich diejenigen, von welchen seine speziellen Eigenschaften abhängen, welche für seine rechtliche, ethische, ästhetische, soziale Bedeutung entscheidend sind, von denjenigen Faktoren unterscheiden, die nur an dem Zustandekommen eines so beschaffenen Ereignisses zu einer gegebenen Zeit und an einem gegebenen Orte als beteiligt erscheinen.

c) Die strafrechtliche Bedeutung der Handlungen, von welchen ein bestimmter Erfolg abhängt, mißt sich nicht lediglich an dem, was sie zum Zustandekommen dieses Erfolges beitragen."

Mit dem unter c Gesagten widerspricht Merkel auch denjenigen Theorien, die den Unterschied zwischen Täter und Teilnehmer in der Verursachung eines Erfolges und in dem Setzen einer Bedingung dazu sehen.

Die einzige Frage, durch deren Lösung man den Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme entscheiden kann, ist die: Wie haben die Mitwirkenden gehandelt oder was haben die Handelnden zum Erfolge beigetragen bzw. in welcher Weise haben sie es getan? Die Entscheidung der beiden anderen Fragen, wieviel hat der Betreffende zum Erfolg beigetragen oder mit welchem Willen greift nicht bei der Wurzel an, ist sehr unpraktisch und steht mit dem Gesetze nicht in Einklang.

Der § 47 StGB. lautet: „Wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird jeder als Täter bestraft". Damit ist unzweideutig gesagt, daß das Gesetz die Täterschaft als Ausführungshandlung auffaßt. Die Auffassung des Gesetzes ist demnach rein objektiv[1]).

[1]) v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1908), S. 218: Täterschaft ist die begonnene oder beendete Begehung der Ausführungshandlung. Derselben Ansicht sind Meyer-Allfeld, a. a. O., 197; Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1889), S. 144; Oppenhof-Delius, Deutsches Strafgesetzbuch, 14. Aufl. (1901), zu § 47, Note 13; Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht (1 377 ff.) u. a.

Ebenso erfolgt die Bestimmung der Beihilfe objektiv. Der § 49, Absatz 1 StGB. lautet: Als Gehilfe wird bestraft, wer dem Täter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe leistet.

Darnach fallen unter den Begriff „Beihilfe" nur die Handlungen, die, wenn man sie sich vom Täter ausgeführt denkt, nur Vorbereitungshandlungen sein würden. Sobald eine solche Handlung einen derartigen Charakter annimmt, daß sie nicht mehr vorbereitende, sondern Ausführungshandlung ist, dann liegt nicht mehr Beihilfe, sondern gemäß § 47 StGB. (Ausführen) Täterschaft vor[1]). Wichtig ist diese Feststellung für die unten zu behandelnde Frage, ob mittelbare Täterschaft bei dolosem Werkzeuge möglich ist.

Es bleibt nun noch übrig, zu untersuchen, in welchem Verhältnisse die Anstiftung zur Täterschaft steht, ob sie „intellektuelle Urheberschaft" oder eine Form der Teilnahme ist.

Zu denen, die in der Anstiftung eine Art der Täterschaft, sogenannte „intellektuelle Urheberschaft", sehen, gehört unter anderen Kohler, am angegebenen Orte, I 107. Nachdem er der Auffassung, daß der Anstifter nur im Zusammenhange mit dem Täter und nicht mit der Tat stünde, mit Begründung entgegengetreten ist, führt er weiter aus:

„Der Anstifter haftet vielmehr als der Urheber der Tat selbst, und die Frage ist nur, inwiefern eine Urheberschaft durch die Person eines Dritten hindurch möglich ist, inwiefern der Anstifter der Tat des Angestifteten gegenüber kausal sein kann. Dieses ist aber möglich".

---

[1]) Vgl. Wachenfeld, Strafrecht in v. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (1903), S. 272: Die Mittäterschaft setzt die Vornahme eines Teiles der Ausführungshandlung voraus. Die Ausführung aber umfaßt die Verwirklichung der vom Gesetz verbotenen Tätigkeit. Sie ist, an sich betrachtet, mindestens Versuchs- wie Vorbereitungshandlung (vgl. § 43 StGB.). Mithin muß der Mittäter, z. B. beim Totschlag mit töten, beim Diebstahl mit wegnehmen. Bloßes Wachestehen kann nicht genügen. Das Reichsgericht ist anderer Ansicht und läßt den animus auctoris entscheiden. Wollte man die Konsequenz aus der subjektiven Theorie ziehen, würde derjenige, welcher die Sache allein wegnimmt, aufhören, Mittäter zu sein, sobald er es im fremden Interesse tut. Dem widerspricht aber das positive Recht, welches als Mittäter diejenigen bezeichnet, welche eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen (§ 47 StGB.).

Kohler vertritt damit den Standpunkt der sogenannten Subjektivisten[1]). Er belegt seine Auffassung mit folgenden Gründen:

a) Zunächst lehnt er es ab, deshalb die Anstiftung als Form der Teilnahme anzusehen, weil das Gesetz sie unter der Rubrik „Teilnahme" behandelt. Siehe Studien aus dem Strafrecht, I 106: „Die Stellung in der Nomenklatur des Gesetzbuches ist umsoweniger von Wichtigkeit, als die Gesetzgebung mit Recht die Nomenklatur nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit behandelt und nicht mit dieser wissenschaftlichen Genauigkeit behandeln will. Die Systematik ist nicht Sache des Gesetzes; der Zweck des Gesetzesist es, die einzelnen Bestimmungen unter leicht faßliche Rubriken zubringen."

Diesen Ausführungen Kohlers ist nicht unbedingt zuzustimmen. Der Umstand, daß der Gesetzgeber die Anstiftung unter dem Kapitel „Teilnahme" behandelt, bildet eine Vermutung dafür, daß er sie auch als Teilnahme aufgefaßt wissen will, eine Vermutung, die erst zu widerlegen ist, und zwar durch die Sache selbst betreffende Argumente, die aber nicht der allgemeinen Behauptung weichen kann, daß „die Systematik nicht Sache des Gesetzes ist".

b) Hauptsächlich verteidigt Kohler seinen Standpunkt mit folgender Ausführung (Studien aus dem Strafrecht, I 110), nachdem er vorher den Anstifter als Motiverreger gekennzeichnet hat:

„Nun ist es wahr, daß der Wille diesem Anstoße nicht zu folgen braucht und vermöge der der Seele innewohnenden Reaktionskräfte den Anstoß von sich ablehnen kann; tut aber die Seele dieses nicht, so folgt sie dem Anstoße, sie folgt der Erregung, sie unterläßt es, die Kausalkette zu unterbrechen, und die Verbindung zwischen der erregenden Tätigkeit des Anstifters und der durch die Erregung bewirkten Willensaktion des Täters ist damit vollzogen. Ist aber dieses der Fall, so ist schon nach dem Prinzip der individuellen Verantwortung die Haftung des Anstifters gegeben, sofern er durch den Angestifteten als sein willensbegabtes Hilfsmittel die Tat vollbracht hat.

Der Anstifter haftet jetzt nicht mehr für die fremde Tat, er nimmt nicht an der Verantwortlichkeit des fremden

[1]) Zu ihnen gehören u. a. Haupt, ZStW. 15 569; Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen (1903), S. 134. Auch Hälschner und Binding vertreten diese Auffassung.

Täters teil, sondern er hat seine eigene Verantwortung für seine eigene Tat, welche er durch das fremde Medium vollzogen hat."

Gleich in den Anfangsworten gibt Kohler selbst zu, daß der Angestiftete vermöge der ihm innewohnenden moralischen Kräfte in der Lage ist, der durch den Anstifter verursachten Reizung zu widerstehen, und mit diesem Zugeständnis widerlegt er seine späteren Ausführungen. Das entscheidende Moment, die Frage „soll ich oder soll ich nicht" wird damit in die Person des Angestifteten gelegt. Zwar kann der Anstifter je nach seinem persönlichen oder sozialen Verhältnis zu dem Angestifteten die Kräfte, die nach Ausführung der Tat drängen, in mehr oder weniger großem Maße in Bewegung setzen, aber der Entschluß zur Tat an und für sich ist eine Willensaktion des Angestifteten selbst, soweit er überhaupt für seine Handlungen verantwortlich gemacht werden kann. Von dem Augenblicke des Tatentschlusses an bis zur Tat beginnt eine vollkommen neue Folge von Erscheinungen, die für sich ein Ganzes bilden und nur dem Täter selbst zuzurechnen sind. Denn sie sind der verwirklichte Wille des Täters. Daß sich der Wille des Täters mit dem des Anstifters deckt, kann in keiner Weise zu der Auffassung führen, daß der Anstifter im unmittelbaren Zusammenhange zu der Tat steht. Es kommt auch hier nicht darauf an, ob der Anstifter die Tat und ihren Erfolg will, sondern darauf, was er selbst zur Herbeiführung des Erfolges tut. Seine Tätigkeit beschränkt sich aber auf die Beeinflussung des Willens des Angestifteten. Er trägt dazu bei, daß der Angestiftete den Entschluß zur Begehung einer strafbaren Handlung faßt, die Ausführung des Entschlusses überläßt er diesem. In demselben Sinne spricht sich Wachenfeld in Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (1903), Seite 273, aus:

„Auch die zweite Form der Teilnahme, die Anstiftung, ist eine Hilfeleistung, nur nicht zur Ausführung des Verbrechens, sondern zu der vorausgehenden Entschlußbildung. Damit bekennen wir uns wiederum zu der objektiven Theorie. Die Subjektivisten sehen in der Anstiftung eine intellektuelle Urheberschaft. Gegen die Auffassung sprechen aber zwei Gründe: Wäre der Anstifter Urheber der Tat, so könnte die Ursache zu dem verbrecherischen Erfolge nicht eine Tätigkeit des Täters sein, obwohl dieser um der Verursachung des Erfolges willen gestraft wird. Ferner kann der Anstifter deshalb kein Urheber des Erfolges sein, weil die von ihm angeregte Kausalkette durch die auf

freiem Entschluß beruhende Handlung des Täters unterbrochen wird. Wollte man aber einwenden, daß die Handlung des Anstifters nicht auf freiem Entschluß beruhe, so würde die Verantwortlichkeit des Täters für den Erfolg aufhören.

Aus diesem Grunde geht es auch nicht an, die Anstiftung als Verursachung des Entschlusses anzusehen. Sie verursacht diesen nicht, sondern veranlaßt ihn höchstens. Es bleibt also nur übrig, die Anstiftung als eine Hilfeleistung zu konstruieren."

Aus dem Vorhergehenden ist ersichtlich, daß schon vom logischen Standpunkt aus eine Auffassung der Anstiftung als intellektuelle Urheberschaft nicht möglich ist. Auf keinen Fall aber sieht das StGB. in der Anstiftung eine intellektuelle Urheberschaft, sondern Teilnahme. Das gibt auch v. Liszt zu, der sonst Kohlers Standpunkt teilt[1]).

Das Gesetz behandelt die Anstiftung in dem § 48:

„Als Anstifter wird bestraft, wer einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums, oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat."

Anstiftung ist demnach die durch irgend ein Mittel[2]), einerlei welches, erfolgende Bestimmung eines anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung.

Der im Rahmen dieser Arbeit interessierende Punkt ist der, daß sowohl Beihilfe als auch Anstiftung nur denkbar ist an einem vollendeten oder mindestens bis zum strafbaren Versuch gediehenen Delikt. Liegt also keine deliktuose Haupthandlung vor, so ist Anstiftung und Beihilfe nicht denkbar. Man spricht in diesem Sinne von der akzessorischen Natur der Teilnahme.

---

[1]) v. Liszt, a. a. O., S. 215, Note 4: Daß das RStGB. die Anstiftung als Teilnahme an fremder Tat betrachtet, läßt sich leider nicht bestreiten und wird ja auch fast allgemein zugegeben.

[2]) Das StGB. zählt einige Mittel, unter ihnen Drohung, Mißbrauch der Gewalt, Herbeiführung und Beförderung eines Irrtums auf. Inwiefern gerade die Anwendung dieser Mittel von der Anstiftung zur mittelbaren Täterschaft überleitet, ist unten zu untersuchen.

Kapitel II.

Mittelbare Täterschaft im allgemeinen.

Die oben ausgeführten Grundsätze über die Auffassung der Anstiftung als Form der Teilnahme einerseits und über die akzessorische Natur der Teilnahme andererseits machen in bestimmten Fällen eine Bestrafung unmöglich, trotzdem nach dem eingetretenen Erfolge eine Verletzung des Strafrechts vorliegen muß. Es kann z. B. jemand einen strafbaren Erfolg herbeiführen, ohne eine strafbare Handlung zu begehen, weil er nicht mit der erforderlichen Schuld gehandelt hat.

Sobald also der äußere, im Gesetz fixierte, Tatbestand verwirklicht ist und gleichzeitig ein Schuldausschließungsgrund vorliegt, dann haben wir einen strafbaren Erfolg, ohne daß gleichzeitig eine strafbare Handlung vorhanden ist. Wenn nun ferner unter diesen Umständen der Täter zu der Tat von einem anderen veranlaßt ist, so bietet das Gesetz keine Handhabe, den Veranlasser zu bestrafen, trotzdem in der weitaus größten Anzahl dieser Fälle den Veranlasser eine größere Schuld trifft als den Anstifter im allgemeinen. Um aus diesem Dilemma herauszukommen, hat die Wissenschaft das Institut der mittelbaren Täterschaft eingeführt und ausgebildet. Wie der Name schon sagt, soll der Veranlasser in den Fällen, in denen die Grundsätze der mittelbaren Täterschaft zur Anwendung kommen, nicht mehr wegen der Veranlassung gestraft werden, sondern wegen Ausführung der Tat (mittelbare Täterschaft). Das kann aber nur möglich sein, wenn der Veranlasser zu dem Ausführenden in einem anderen Verhältnis steht als der Anstifter zum Täter. Es müssen Tatsachen vorliegen, die darauf drängen, dem Veranlasser nicht nur die Motiverregung zuzuschreiben, sondern auch die einzelnen Handlungen des Ausführenden, weil er sonst nicht als Täter zur Verantwortung gezogen werden könnte[1]).

[1]) Neumeister, Mittelbare Täterschaft und Hypnotismus, Dissertation, Greifswald 1900: Es handelt sich für uns vielmehr um die Frage, ob und unter welchen Bedingungen es möglich ist, daß

Wie oben schon ausgeführt ist, trägt der Anstifter zu dem Willensentschluß des Täters bei. Die Handlungen selbst können ihm aber nicht zugeschrieben werden, weil sie nicht auf seinen Willen, sondern auf den des Täters zurückzuführen sind. Wenn nun bei der mittelbaren Täterschaft auch die Handlungen des unmittelbar Ausführenden dem Veranlasser zugerechnet werden sollen, so setzt das voraus, daß der Wille des Ausführenden aus irgendeinem Grunde in so starkem Maße dem Willen des Veranlassers unterworfen ist, daß man von einem eigenen Willen des Ausführenden überhaupt nicht mehr reden kann. Das wird aber immer dann der Fall sein, wenn dem Ausführenden die Urteilskraft über das, was ihm der Veranlasser zu tun gebietet, mangelt; wenn er nicht imstande ist, denjenigen Stimmen, die zum Schlechten raten, die Stimmen entgegenzusetzen, die zum Guten raten. Es fällt also in der Person des Ausführenden der Kampf zwischen Gut und Böse weg. Er handelt nicht aus dem Entschlusse heraus, der nach dem vorhergegangenen inneren Kampfe die Oberhand behalten hat, sondern aus einem ihm gewissermaßen aufoktroyierten Entschluß. Ähnlich, jedoch nicht ganz richtig, spricht sich Borchert[1]) aus:

„Mittelbare Täterschaft liegt da vor, wo für einen objektiv strafbaren Tatbestand nicht derjenige als Täter haftet, der denselben physisch — unmittelbar — herbeigeführt hat, sondern ein anderer, nämlich derjenige, als dessen Werkzeug der physische Täter gehandelt hat."

Dieser Ausführung liegt der Gedanke zugrunde, daß der physische Täter nur als „Werkzeug" anzusehen ist. Im Interesse einer kurzen, verständlichen Ausdrucksweise mag es ja angebracht sein, die Wendung „Werkzeug" zu gebrauchen, und tatsächlich findet man sie häufig, doch ist in Wirklichkeit der physische Täter kein „Werkzeug". Wäre er es, wie etwa ein auf einen Menschen gehetzter Hund, so läge nicht mittelbare, sondern un-

---

jemand im Sinne unseres Strafrechts als Täter betrachtet werden kann, wenn zwar Entschluß und Erfolg — von einem kontinuierlichen Willen umfaßt — für ihn gegeben sind, die Ausführungshandlung jedoch von einem anderen auf seine Veranlassung und gewissermaßen unter seiner Leitung begangen wird, ohne daß er sich selbst körperlich betätigt.

[1]) Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, insbesondere die Teilnahme am Verbrechen und die mittelbare Täterschaft nach deutsch-preußischem Recht (1888), S. 100.

mittelbare Täterschaft vor, dann wäre überhaupt die Konstruktion der mittelbaren Täterschaft überflüssig.

Immerhin muß aber, wie oben schon gesagt, bei dem Ausführenden ein Moment in Frage kommen, das ihn zu einem werkzeugähnlichen Geschöpfe stempelt. Dabei ist nicht erforderlich, daß jede einzelne Handlung von dem Veranlasser neu hervorgerufen wird, obgleich das auch der Fall sein kann (z. B. beim Hypnotismus oder der Gewalt usw.), sondern es ist vollkommen ausreichend, wenn der Veranlasser sich den Willen des Ausführenden so unterworfen hat, daß dieser überhaupt gar nicht daran denkt, sich gegen die Zumutungen des Veranlassers aufzulehnen. Den Willen des Ausführenden kann sich aber der Veranlasser in verschiedener Weise unterwerfen, z. B. durch Anwendung körperlicher Gewalt usw. Andererseits gibt es auch Fälle, in denen die mittelbare Täterschaft nicht durch die Anwendung außergewöhnlich starker Mittel begründet wird, sondern durch besondere Eigenschaften an der Person des Ausführenden, und zwar dann, wenn diese Eigenschaften eine moralische Minderwertigkeit des Ausführenden bedingen. Doch ist hier scharf zu unterscheiden, ob die moralische Minderwertigkeit darauf beruht, daß der Ausführende es einfach, z. B. infolge mangelhafter Erziehung, unterläßt, die zum Guten wirkenden inneren Kräfte in Tätigkeit zu setzen, oder ob er infolge momentaner oder dauernder geistiger Minderwertigkeit überhaupt nicht imstande ist, diese Kräfte zu entfalten. Nur in diesem letzten Falle, und zwar in der im § 51 StGB. bezeichneten Form, handelt der Ausführende unter einem Schuldausschließungsgrunde, und nur dann kann mittelbare Täterschaft vorliegen.

Von der Anstiftung unterscheidet sich die mittelbare Täterschaft in verschiedenen Punkten, einmal dadurch, daß der Anstifter den Willen des Handelnden beeinflußt, während der mittelbare Täter den Willen des Ausführenden beherrscht und dadurch auch die Handlungen selbst hervorruft. In dieser Hinsicht ist der Meinung nicht zuzustimmen, die Coenders[1]) äußert:

„Allemal schafft der mittelbare Täter nur ein äußeres Ereignis, der Anstifter hingegen eine menschliche Tat, ein Verbrechen. Der mittelbare Täter führt einen strafbaren Erfolg herbei, der Anstifter die strafbare Handlung eines Menschen."

Nicht in dem, was Anstifter und mittelbarer Täter herbeiführen, ist der wesentliche Unterschied zu suchen, sondern

[1]) Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme (1909), S. 223.

darin, wie sie zur Herbeiführung des Erfolges beitragen. Daß dann der Anstifter eine strafbare Handlung (aber immer nur durch Einwirkung auf den Willen) und der mittelbare Täter einen strafbaren Erfolg herbeiführt, ist nur eine Folge ihrer verschiedenen Tätigkeit. Immerhin kann Coenders zugestimmt werden, daß hierin ein Unterschied liegt, aber nur ein äußerer, der mit der inneren Verschiedenheit von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft nichts zu tun hat, sondern nur ein Bild von der äußeren Erscheinung beider Institutionen gibt. Coenders sagt am angegebenen Orte, Seite 208:

„Bei der mittelbaren Täterschaft zeigt sich uns nichts strafrechtlich selbständig Relevantes als Handlung und rechtsverletzender Erfolg; bei der Anstiftung steht zwischen beiden das auch allein bedeutsamste strafrechtliche Geschehen, die Handlung des Täters:

I. Mittelbare Täterschaft:
   1. Handlung.
   2. Kausalkette ohne eigene strafrechtliche Bedeutung.
   3. Erfolg. Verletzung des Rechtsguts.

II. Anstiftung:
   1. Handlung.
   2. Kausalkette. Prinzipale strafrechtliche Schuldform, strafrechtlich Wichtigstes des ganzen Vorgangs.
   3. Erfolg. Verletzung des Rechtsguts.

Selbstverständlich müssen diejenigen, die an der Anstiftung intellektuelle Urheberschaft sehen, den Unterschied zwischen ihr und der mittelbaren Täterschaft verneinen[1]).

Eine nur scheinbare Abweichung von den oben aufgestellten Grundsätzen über die mittelbare Täterschaft bildet der in der E. R. I 146 behandelte Fall. Dieser Entscheidung liegt folgender Tatbestand zu Grunde: Ein Sachse kauft von einem Viehhändler in Preußen Ochsen und läßt sie durch diesen in Sachsen trotz eines Einfuhrverbotes einführen. Das Verbot ist dem Sachsen bekannt, nicht dagegen dem Preußen. Das Reichsgericht hat in dem Sachsen den mittelbaren Täter einer Zuwiderhandlung gegen die §§ 1 und 2 des Gesetzes vom 21. Mai 1878 gesehen, den Preußen bezüglich dieser Zuwiderhandlung als „Werkzeug“ behandelt, ihn aber zugleich als Täter des in dem § 3 des genannten Gesetzes bezeichneten Fahrlässigkeitsdeliktes angesehen.

---

[1]) Kohler, a. a. O., I 113: Hiernach ist die Anstiftung zwar ihrer sittlichen Qualität nach, nicht aber nach ihrem juristischen Charakter, von demjenigen unterschieden, was man mittelbare Täterschaft nennt.

In diesem Fall beherrscht der Sachse durch Herbeiführung und Unterhaltung eines Irrtumes, der die Unkenntnis von Umständen, die die Strafbarkeit der Handlung begründet, den Willen des Preußen insoweit, als das Delikt gegen die §§ 1 und 2 in Frage kommt, während das Delikt gegen den § 3 außerhalb des Konnexes zwischen Veranlasser und Ausführendem steht.

Beihilfe kann nicht in mittelbare Täterschaft übergehen. Anderer Ansicht ist Frank[1]). Eine reine Unterstützungshandlung kann nicht dazu führen, den Willen des Unterstützten in solcher Weise zu beherrschen, daß dessen Handlungen nun auf das Konto des Unterstützenden zu setzen sind. Wird allerdings der Unterstützte durch die Zusage oder Gewährung der Unterstützung erst zur Begehung der strafbaren Handlung veranlaßt, so ist der Unterstützende — vorausgesetzt natürlich, daß es an dem Verschulden des Unterstützten fehlt — mittelbarer Täter. Dann kommt aber nicht mehr die Beihilfe als solche in Frage, sondern der Umstand, daß die Beihilfe gleichzeitig das Mittel ist, sich den Willen des unmittelbaren Täters zu eigen zu machen. In einem solchen Falle ist die praktisch geleistete Hilfe Vorbereitungshandlung, durch ihren moralischen Einfluß aber — zugleich mit der Handlung des Ausführenden — Ausführungshandlung.

[1]) Frank, Strafgesetzbuch (1908), zu § 49, I, Abs. 3: Beihilfe liegt also nur dann vor, wenn der Unterstützte die Haupttat schuldhaft begeht oder in strafbarer Weise zu begehen versucht. Fehlt es an dem Verschulden des Unterstützten, so ist die Unterstützung nicht Beihilfe, sondern mittelbare Täterschaft.

Kapitel III.

Zurechnungsunfähigkeit.

Die Frage, ob die Beteiligung an einer von einem Zurechnungsunfähigen begangenen strafbaren Handlung als Teilnahme oder als mittelbare Täterschaft aufzufassen ist, läuft auf die Entscheidung hinaus, ob eine strafbare Handlung ohne Schuldfähigkeit denkbar ist oder nicht. Genügt zum Begriff der strafbaren Handlung einzig und allein die äußerlich erkennbare Verwirklichung des im Gesetze festgelegten Tatbestandes, so kann zweifellos ein Zurechnungsunfähiger eine strafbare Handlung begehen, und der § 51 stellt dann nur einen allgemeinen Strafausschließungsgrund fest. Die weitere Folge ist die, daß Teilnahme an der Tat eines Zurechnungsunfähigen möglich ist.

Diese Auffassung vertreten unter anderen besonders Schütze[1]) und Herzog. Letzterer läßt sich in mehrfachen Aufsätzen im Gerichtssaal darüber aus. Vergl. GS. XXIV, Seite 437:

„Es ist z. B. ein Totschlag, eine Brandstiftung, eine Notzucht verübt worden; alle Merkmale dieser bestimmten Verbrechensgattung liegen vor. Dann haben wir auch eine strafbare Handlung und einen Täter in dem vorerwähnten Sinne selbst dann vor uns, wenn beispielsweise der Täter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war, oder wenn irgendein anderer Grund vorliegt, welcher die konkrete Strafbarkeit seiner Handlung ausschließt. Wir haben eine an und für sich strafbare Handlung, deren Bestrafung jedoch möglicherweise aus anderen, in dem allgemeinen Teile des Gesetzbuches oder in Spezialbestimmungen des zweiten Teils niedergelegten Gründen hinwegfallen muß; in gleicher Weise einen Täter, der

[1]) Schütze, a. a. O., S. 160, Note 18: Gehilfenschaft zu einer nicht an sich, sondern aus individuellem Grunde für den Täter straflosen Tat (StGB. § 51, 52, 54 bis 56, 58) bleibt strafbar.

möglicherweise denselben Prinzipien zufolge dennoch nicht strafrechtlich verantwortlich oder straflos erscheint.“ ·

Einen ähnlichen Standpunkt wie Schütze und Herzog nimmt Rüdorff-Stenglein ein:

„Unseres Erachtens wird für die Entscheidung der Frage auf die obige Ausdrucksweise des StGB. ein zu großes Gewicht nicht zu legen sein, da derselben füglich eine bloß subjektive Beziehung (Eine strafbare Handlung ist ‚für den Täter‘ nicht vorhanden, welcher usw.) beigelegt werden kann.“

Darnach müßte die Tat einen verschiedenen Charakter tragen, je nachdem man zu ihr im Verhältnis des Täters oder des Teilnehmers steht. Für den Teilnehmer wäre sie strafbare Handlung, für den Täter jedoch nicht. Daß eine solche Konstruktion unmöglich ist, liegt auf der Hand. Der Begriff der strafbaren Handlung kann nie darnach bestimmt werden, in welcher Form sich jemand an ihr beteiligt, sondern umgekehrt, von dem Begriff der strafbaren Handlung hängt die Bestimmung der Beteiligungsform ab. Unmöglich kann ein und dieselbe Handlung eine strafbare sein (soweit nämlich der Teilnehmer in Betracht kommt) und zugleich etwas strafrechtlich nicht Relevantes (soweit nämlich der Täter in Betracht kommt).

Zu einem schiefen Resultat kommt Olshausen-Zweigert[1]) dadurch, daß er Vorsatz mit Schuld identifiziert. Weil ein Zurechnungsunfähiger vorsätzlich handeln kann, soll er auch schuldhaft handeln. Über diesen Beweis selbst braucht man kein Wort weiter zu verlieren. Interessant sind jedoch die weiteren Ausführungen Olshausens, soweit er zwischen den Zurechnungsunfähigen, die vorsätzlich handeln unter zeitweiser Ausschaltung ihrer Zurechnungsfähigkeit, und den Zurechnungsfähigen, die vorsätzlich nicht handeln können, unterscheidet. Subsumiert man hier, wie es Olshausen fälschlicherweise tut, dem Vorsatze die Schuld, so käme man zu dem Resultat, daß Zurechnungsunfähige teils schuldhaft, teils schuldlos handeln, je nach der Art ihrer Unzurechnungsfähigkeit und ihrer augenblicklichen Gemütsverfassung. Dieses Resultat, zu dem Olshausen zweifellos kommen will, hat entschieden etwas Bestechendes an sich und erscheint als durchaus erstrebenswert. In der Praxis stellen sich jedoch der Frage, ob ein Zurechnungsunfähiger im Augenblick der Tat unter dem Einfluß seiner Zurechnungsunfähigkeit gehandelt hat oder nicht, unüberwindliche Schwierigkeiten entgegen. Es ist deshalb

[1]) Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch (1909), § 51, Note 12 und 13.

ein Zurechnungsunfähiger allgemein als einer anzusehen, der nicht schuldhaft handeln kann.

Gehört nun aber die Schuld zum Verbrechensbegriff? Nach den oben angeführten Auslassungen Herzogs genügt zum Begriff der strafbaren Handlung die Verwirklichung des im Gesetze festgelegten Tatbestandes ohne Rücksicht auf das Verschulden. Darnach könnte z. B. ein Kind von fünf Jahren oder ein Idiot jede ausdenkbare strafbare Handlung begehen, eine Schlußfolgerung, die im krassen Widerspruch zu unserem natürlichen Gefühl steht. Auch durch das Gesetz ist die Auffassung Herzogs nicht gerechtfertigt. Wenn wirklich der § 51 nur einen allgemeinen Strafausschließungsgrund aufstellen sollte, so wäre, um dieses auszudrücken, gerade die unglücklichste Form gewählt, die sich denken läßt. Gerade deshalb, weil der Gesetzgeber die anderen sehr nahe liegenden Wendungen wie etwa „Straflos bleibt, wer . . .“ oder „Die Strafbarkeit der Handlung fällt weg, wenn . . .“ usw. nicht gebraucht hat, ist zu schließen, daß der § 51 einen Schuldausschließungsgrund und keinen Strafausschließungsgrund feststellen soll. Wenn aber im Gesetze ein Grund aufgestellt wird, der die Schuld ausschließen soll, dann ist damit unzweideutig bewiesen, daß die Schuld zum Begriff der strafbaren Handlung gehört, den andernfalls wäre ein Schuldausschließungsgrund vollkommen überflüssig. Die Schuld hat aber zur Voraussetzung die Zurechnungsfähigkeit oder, wie Frank es ausdrückt, die Zurechnungsfähigkeit ist ein Element der Schuld. Fehlt es demnach an der Zurechnungsfähigkeit, so fehlt es auch an der Schuld. Derselben Ansicht ist v. Liszt, am angegebenen Orte, Seite 165: „Ohne Zurechnungsfähigkeit ist Schuld und damit Verbrechen unmöglich.“ Kann nun ferner ein Zurechnungsunfähiger eine strafbare Handlung nicht begehen, so ist auch Teilnahme an seiner Tat unmöglich. Der Teilnehmer wird mittelbarer Täter. Diese Ansicht ist auch die herrschende[1]).

Gleichgültig ist es dabei, ob er die Zurechnungsunfähigkeit gekannt hat oder nicht. Es wird ja auch an dem Verhältnis des Veranlassers zum Ausführenden und durch diesen zur Tat nicht das geringste durch die Unkenntnis der Zurechnungsunfähigkeit geändert. Die herrschende Meinung betrachtet daher den Veran-

[1]) v. Bar, S. 623 und 673; Finger, Lehrbuch I des deutschen Strafrechts (1904), S. 336; Merkel, a. a. O., S. 140; Wachenfeld a. a. O., § 22, Abs. 2; v. Liszt, a. a. O., § 37, IV. u. a. Vgl. auch E. R. 11 56, 6 545, 21 14, 35 73, 40 91.

lasser auch im Falle der Nichtkenntnis der Zurechnungsunfähigkeit als mittelbaren Täter[1]).

Die Lehre, die Täter und Teilnehmer nach dem Dolus unterscheidet, muß notwendigerweise auf Straflosigkeit des Veranlassenden im Fall der Unkenntnis der Zurechnungsunfähigkeit hinauskommen. Frank nimmt fahrlässige Täterschaft an.

Ein Spezialfall des § 51 ist die Hypnose. Sie wird mit zu denjenigen Zuständen, von denen der § 51 spricht, gerechnet. In Wirklichkeit jedoch fällt sie ihrem ganzen Wesen nach nicht darunter. Während der Anstifter den Willen des Angestifteten beeinflußt, und der mittelbare Täter den Willen des Ausführenden beherrscht, hebt der Hypnotisator den Willen des Hypnotisierten vollkommen auf und setzt an dessen Stelle seinen eigenen Willen; er zwingt dem Hypnotisierten seinen eigenen Willen auf. Während ein Zurechnungsunfähiger handelt, weil sein Wille in Abhängigkeit von dem des mittelbaren Täters ihn zu den einzelnen Phasen der Handlung treibt, handelt der Hypnotisierte gar nicht aus seinem Willen heraus, weil dieser nicht mehr vorhanden ist[2]).

Der Zwang, den der Hypnotisator auf den Hypnotisierten ausübt, ist ein so gewaltiger, daß der Hypnotisierte zu körperlichen Leistungen, die im normalen Zustande selbst der stärkste Athlet nicht fertig bringen würde, fähig ist. Insofern unterscheidet sich die Hypnose auch wieder vom Zwang, dem sie sonst sehr ähnlich ist. Der Hypnotisierte ist in den Händen des Hypnotisators ein reines Werkzeug[3]).

Ein Zurechnungsunfähiger befindet sich zwar bezüglich des Willens zu dem Veranlasser in einem Untertanenverhältnis, immerhin handelt er aber noch im Ausfluß des eigenen Willens. Anders

---

[1]) v. Liszt, a. a. O., § 50; Hälschner, a. a. O., S. 398; Finger, a. a. O., S. 336 u. a.

[2]) Es wird hier verwiesen auf die Abhandlung des von Lilienthal in der Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Bd. VII, S. 386: Der Hypnotismus und das Strafrecht. Aus den dort angeführten Versuchen ergibt sich, daß der Hypnotisierte selbst zu Handlungen, die ihm im höchsten Grade widerwärtig sind, gezwungen werden kann.

[3]) Die Suggestion und das Strafrecht von Landgerichtsdirektor Rämisch in Posen im Archiv für Strafrecht (1893), S. 96 ff.: Kommt aber ein solcher Fall, wie der oben am Giftmorde geschilderte, nach wirklich verübter Tat zu richterlicher Beurteilung, so erscheint es fraglich, ob der Hypnotisierte garnicht, sondern wie der Hypnotisierende bestraft werden soll. Es handelt sich nicht um eine Anstiftung des ersteren, vielmehr war, wenn jene Beobachtungen richtig waren, dieser ein bloßes Instrument, quasi ac cadaver.

der Hypnotisierte. Er handelt im Ausfluß eines fremden, ihm aufgezwungenen Willens. Infolgedessen ist der Hypnotisator nicht mittelbarer, sondern unmittelbarer Täter.

Den Zuständen, die im § 51 angegeben sind, ähnlicher ist die sogenannte Posthypnose. Hier kann es zweifelhaft sein, ob der Hypnotisierte als Werkzeug anzusehen ist. Der Willensentschluß, der ihm in der Hypnose selbst aufgezwungen ist, kann durch äußere Eindrücke und die inneren seelischen Kräfte, die nach Beendigung der eigentlichen Hypnose wieder in Tätigkeit treten, wieder aufgehoben werden, wie durch mehrfache Versuche nachgewiesen ist. In anderen Fällen wiederum hat sich die Wirkung des in der Hypnose gegebenen Befehls selbst auf eine geraume Zeit hin in der Weise erstreckt, daß der Hypnotisierte noch vollkommen unfrei gehandelt hat. Es ist deshalb schwer möglich, ein eine allgemeine Geltung beanspruchendes Resultat aufzustellen.

In der ersten Kategorie der Fälle der Posthypnose kann von einer vollständigen Ausschaltung des Willens auf Seiten des Hypnotisierten im Grunde genommen nicht mehr die Rede sein. Der Entschluß zur Tat wird jetzt hervorgerufen durch den in der Hypnose aufgezwungenen Willen zusammen mit den aus der eigenen Seele des Hypnotisierten wieder tätig gewordenen Kräften, wobei der Hypnotisierte jedoch mindestens in einem Zustande handelt, in dem er für sein Tun nicht verantwortlich gemacht werden kann. Wieweit aber die Hypnose selbst zum Entschluß beigetragen hat oder wieweit sich der Wille des Hypnotisierten wieder emanzipieren kann, das genau festzustellen, ist der Wissenschaft noch nicht gelungen. Man wird deshalb der Frage, wieviel der Tat auf das Konto der Hypnose zu setzen ist, analog der Bestimmung der Zurechnungsunfähigkeit sehr weite Grenzen setzen müssen, wobei allerdings nicht verkannt werden kann, daß in einzelnen Fällen das Resultat mit der Wirklichkeit im Widerspruch stehen kann. Also auch für die in der Posthypnose begangenen strafbaren Handlungen ist der Hypnotisator als unmittelbarer, nicht als mittelbarer Täter verantwortlich zu machen. Anderer Ansicht ist von Lilienthal[1]), der den Hypnotisierten zur Kategorie der Geisteskranken rechnet.

[1]) v. Lilienthal, a. a. O., S. 390: Die Verantwortlichkeit des Hypnotisators unterliegt nicht dem mindesten Zweifel. Er ist gerade wie derjenige, welcher einen Geisteskranken angestiftet hat usw., als mittelbarer Täter zu behandeln.

Daß jemand sich dadurch der Strafe nicht entziehen kann, daß er sich in der Hypnose den Befehl zur Ausführung der strafbaren Handlung geben läßt oder, was auch denkbar ist, sich selbst gibt, unterliegt wohl keinem Zweifel[1]). Im ersten Fall ist der Hypnotisator als Gehilfe anzusehen. Wie von Lilienthal zu der Auffassung gelangt, daß er „je nach seinem Verhalten als Mittäter oder Gehilfe erscheint“[2]), ist nicht recht ersichtlich. Der Wille zur Handlung besteht schon bei dem später Hypnotisierten, und die Hypnose wirkt in diesem Falle nicht anders als z. B. ein alkoholisches Getränk oder ein anderes anreizendes Mittel. In Bezug auf die Tat selbst ist aber die Hypnose nur Vorbereitungshandlung und kann deshalb den Hypnotisator nur zum Gehilfen, nicht zum Mittäter machen.

---

[1]) v. Lilienthal, a. a. O., S. 389: Wenn es vorkäme, daß jemand sich durch hypnotische Suggestion den Mut zu einer Handlung holen wollte, der ihm sonst fehlt, so wäre das ein den berühmten actiones liberae in causa sehr nahe stehender Fall; die Strafbarkeit könnte hier m. E. nicht bezweifelt werden.

[2]) v. Lilienthal, a. a. O., S. 390.

Kapitel IV.

Unwiderstehliche Gewalt, Drohung.

§ 52 StGB., Absatz 1:

„Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbare Gefahr für Leib und Leben seiner selbst oder eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genötigt worden ist."

Dazu sagen die Motive zu § 50 des Entwurfes des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund in einem in der E. R. 31 396 enthaltenen Auszuge:

„Der Fall des § 50 — jetzt § 52 — unterscheidet sich von dem des § 49 – jetzt § 51 — dadurch, daß hier das Bewußtsein des Täters von der Gesetzwidrigkeit seiner Handlung nicht ausgeschlossen ist, dagegen statt der eigenen freien Willensbestimmung dem Täter ein fremder Wille aufgenötigt wird, und der Täter in dessen Folge nur als das nicht verantwortliche Werkzeug des fremden Willens erscheint."

Das Gesetz sowohl wie die Motive drücken die in ihnen enthaltenen Gedanken insofern nicht juristisch genau aus, als sie bei demjenigen, der durch unwiderstehliche Gewalt zu einer Tat gezwungen ist, von Handlung sprechen. Ein durch unwiderstehliche Gewalt Gezwungener begeht eine Handlung im Rechtssinne überhaupt nicht, sondern er ist nur Werkzeug. Ein Willensentschluß in der Richtung der Tat besteht bei ihm nicht, vielmehr kann ein Wille, der sich in entgegengesetzter Richtung äußern will, gar nicht in Erscheinung treten, weil die äußeren Verhältnisse, die ihm entgegenstehende unwiderstehliche Gewalt, es nicht gestatten[1]).

---

[1]) v. Liszt, a. a. O., § 52, III: Es liegt daher keine Handlung vor, wenn jemand in einem Krampfanfalle fremde Sachen beschädigt, durch Ohnmacht an der Erfüllung einer Pflicht gehindert, durch unwiderstehliche Gewalt (StGB. § 52) zu seinem Verhalten genötigt wird. Frank, a. a. O., S. 114: Wird die Nötigung durch unwider-

Derjenige, der den Zwang ausübt, ist unmittelbarer Täter[1]), und derjenige, der sich an der Tat beteiligt, Teilnehmer an der vom Zwingenden begangenen Handlung, gleichgültig, ob sich die Hilfe in erster Linie auf den Zwang selbst erstreckt oder auf die infolge des Zwanges seitens des Werkzeuges geäußerten Kräfte.

Im vorstehenden ist angenommen, daß unter der unwiderstehlichen Gewalt die sogenannte vis absoluta zu verstehen ist. Es folgt dies aus der Gegenüberstellung im Gesetze mit der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben. Diese Ansicht ist auch die herrschende[2]).

Wird dagegen jemand durch eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben gezwungen, so erstreckt sich die Einwirkung des den Zwang Ausübenden auf den Willen des Gezwungenen. Dieser handelt auf Grund seines eigenen Willens. Trotz der Drohung ist es ihm möglich, die geforderte Handlung

---

stehliche Gewalt begangan, so liegt eine genügende Erklärung darin, daß der Genötigte überhaupt nicht handelt; es fehlt ihm an dem zur Handlung unerläßlichen Willen. Siehe auch Olshausen-Zweigert, § 52, Note 3.

[1]) van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht (1891), S. 17: Ist der Täter durch Anwendung physischen Zwanges zur Begehung der Rechtsverletzung genötigt worden, so liegt eine „Handlung“ im Rechtssinn, d. h. eine auf den Willen zurückführbare Tätigkeit nicht vor, der Täter war nicht in der Lage, einen Entschluß zu fassen und dementsprechend tätig zu werden. Der Täter ist also weder zu der von ihm begangenen Handlung „bestimmt“ worden, noch hat er eine „strafbare Handlung“ überhaupt begangen. Derjenige, der den physischen Zwang ausgeübt hat, ist nun aber u. E. nicht etwa „mittelbarer“ Täter, sondern er ist „unmittelbarer Täter“.

[2]) Frank, a. a. O., § 52, I, Abs. 2: Die Gewalt ist entweder eine absolute oder eine kompulsive. Absolut ist sie dann, wenn sie die Fähigkeit zur Willensbildung oder zur Willensbetätigung ausschließt. . . . In der vorliegenden Stelle handelt es sich um unwiderstehliche Gewalt, d. h. um absolute in dem oben mitgeteilten Sinne. Z. B. mein Finger wird mit einer jeden Widerstand ausschließenden Kraft an den Abzug einer Pistole geführt. Derselben Meinung sind Berner, Lehrbuch (1898), 105, Binding, a. a. O., Handbuch I, 769; Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I, 428; Hälschner, a. a. O., I, 274 und GS. 35 5; Merkel, a. a. O., 165; Olshausen-Zweigert, a. a. O., Note 3. Anderer Meinung sind: Schütze, a. a. O., 114, Note 13; Oppenhoff-Delius, Note 4; Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich (1881), Note 3.

zu verweigern. Ist nun die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben ein Unrechtsausschließungsgrund? Der Umstand, daß der Bedrohte in voller Kenntnis der Rechtswidrigkeit seiner Handlung handelt, könnte dazu verführen, die Drohung als einen Strafausschließungsgrund aufzufassen. Die Folge davon wäre, daß der Drohende als Anstifter sich strafbar machte[1]). Diese notwendige Schlußfolgerung steht aber im Widerspruch zu dem § 48 StGB. Unter den dort speziell aufgezählten Mitteln ist auch die Drohung angegeben. Es soll derjenige als Anstifter bestraft werden, der einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Drohung „bestimmt" hat, d. h. der zum Entschluß des anderen durch Aussprechen der Drohung beigetragen hat. Der § 52 spricht aber von „Zwang" durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben. Schon aus dem Wortlaut des Gesetzes geht hervor, daß im Falle des § 52 ein vollkommen anderes Verhältnis zwischen dem Veranlasser und dem Ausführenden besteht als im Falle des § 48. — Wenn aber die an sich richtige, oben gezogene Schlußfolgerung zu falschem Resultat führt, so bleibt nur die Möglichkeit, daß der § 52 nicht, wie angenommen, einen Strafausschließungsgrund, sondern einen Unrechtsausschließungsgrund konstruiert. Und diese Lösung ist die einzig haltbare.

Finger spricht von einem Willen, der „durch die Drohung zwar beeinflußt, aber nicht unfrei" ist. Wie ist hiermit die im § 52 gebrauchte Wendung „gezwungen" vereinbar? Bei einer

---

[1]) Dieser Ansicht: Finger, a. a. O., S. 428: Der Notstand des § 52 ist ebenso wie jener des § 54 StGB., ein Strafausschließungsgrund. Der durch Drohung zur Verübung der strafbaren Handlung Nötigende ist Anstifter einer strafbaren Handlung, die für den Angestifteten mit Rücksicht auf den Druck der Verhältnisse straffrei bleibt, unter dem er die in seinem (durch die Drohung beeinflußten, aber nicht unfreien) Willen wurzelnde Tat verübt hat. Strafbare Teilnahme an der nur für den Bedrohten straflosen Tat ist möglich.

Herzog, Über die Strafbarkeit und Straflosigkeit im Sinne des Reichsstrafgesetzbuches mit besonderer Rücksicht auf die Lehre von der Teilnahme. GS., XXIV. Bd., S. 451: Wir fragen also auch hier, gleich wie im vorigen Falle, ob sich der Täter im engeren Sinne, der Mittäter, Anstifter, Gehilfe — ein jeder für seinen Teil — im Zustande des Zwanges befand, und betrachten denjenigen, welcher z. B. einen anderen zur Ausführung einer Straftat zwingt, keineswegs als Selbsttäter, sondern vielmehr als potenzierten Anstifter, den Gezwungenen aber als eigentlichen, nicht verantwortlichen Täter. Vgl. auch Olshausen-Zweigert § 52, Note 14, van Calker, a. a. O., S. 18.

Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben kann man von einer einfachen „Beeinflussung“ des Willens nicht mehr reden. Es mag zugegeben werden, daß die letzte Entscheidung bei dem Bedrohten liegt, der sich trotz der eminenten Drohung nicht zwingen läßt. Das ist aber durchaus kein Grund dafür, daß er nicht „willensunfrei“ handelt. Im Gegenteil ist gerade mit dem Wecken des Selbsterhaltungstriebes der Wille zwar nicht ausgeschaltet — denn sonst würde der Drohende wieder als unmittelbarer Täter verantwortlich sein — aber in einem ganz bedeutendem Maße eingeschränkt.

Der Drohende beherrscht den Willen des Bedrohten. Daraus folgt, daß er als unmittelbarer Täter haftet[1])[2])[3]).

Dem Genötigten zur Ausführung der Tat gewährte Unterstützung ist Beihilfe zur Tat des mittelbaren Täters, eventuell, sofern sie Ausführungshandlung ist, Mittäterschaft.

---

[1]) Frank, a. a. O., § 52, III: Aus der hier vertretenen Ansicht folgt, daß der Nötiger nicht als Anstifter, sondern als mittelbarer Täter aufzufassen ist.

[2]) v. Liszt, a. a. O., S. 219: Mittelbare Täterschaft liegt vor, wenn der Benutzte unfrei, d. h. genötigt, gehandelt hat; genauer: wenn die Voraussetzungen des § 52 StGB. gegeben waren.

[3]) E. R. 31 395.

Kapitel V.

Strafunmündigkeit. Beschränkte Strafmündigkeit.

Die §§ 55 und 56 bilden das in der Praxis wichtigste Kapitel in der Lehre von der mittelbaren Täterschaft. Viel häufiger als mit einem Zurechnungsunfähigen oder mit einem Genötigten oder Hypnotisierten usw. geht der Verbrecher mit einem Jugendlichen an die Ausübung einer strafbaren Handlung. Es ist deshalb gerade in diesem Falle die genaue Charakterisierung der von einem Jugendlichen begangenen Handlung außerordentlich wichtig, und es ist daher durchaus verständlich, daß auf diesem Gebiet mehr als auf den anderen die Meinungen einander gegenüberstehen. Die einen sehen in den §§ 55 und 56 rein persönliche Strafausschließungsgründe, die auf die Möglichkeit der Teilnahme ohne Einfluß sind, die anderen erblicken in ihnen Schuldausschließungsgründe, verneinen infolgedessen das Vorliegen einer strafbaren Handlung und die Möglichkeit der Teilnahme.

Die erste Meinung wird vertreten vom Reichsgericht[1]) (siehe jedoch unten), Olshausen[2]), van Calker[3]), Oppenhoff-Delius[4]), Borchert[5]), Rüdorff-Stenglein[6]). Auch das Preußische Obertribunal hat sich in einer Entscheidung vom 3. Mai 1872 in demselben Sinne ausgesprochen[7]).

---

[1]) E. R. VI 186, 336, XIX 193, XXIX 99, XXXI 162.

[2]) Olshausen, a. a. O., Note 5 und 6.

[3]) van Calker, a. a. O., S. 36.

[4]) Oppenhoff-Delius, a. a. O., IV. Abschnitt, Note 3.

[5]) Borchert, a. a. O., S. 24.

[6]) Rüdorff-Stenglein, a. a. O., § 55, Note 2: Er kommt zu einem überraschenden Resultat, indem er Teilnahme an der strafbaren Handlung eines Kindes unter 12 Jahren für möglich hält, den Anstifter jedoch als Täter und das Kind als dessen Werkzeug betrachtet.

[7]) Wenngleich der Täter selbst (ein 8 Jahre alter Knabe) wegen Strafunmündigkeit nicht strafrechtlich verfolgt werden durfte, so wird durch die Vorsicht die Strafbarkeit der Tat und die Verfolgbarkeit

Oppenhoff-Delius verteidigt am angegebenen Ort seine Ansicht folgendermaßen: „Dagegen beruhen die §§ 55 bis 58 auf der Auffassung, daß es in den vorgesehenen Fällen der Strafunmündigkeit oder Taubstummheit nicht in dem Maße an der Willensfreiheit fehle, daß das Vorhandensein des Dolus lediglich aus jenem Grunde negiert werden könnte; die Tat behält an sich den Charakter einer Straftat."

Olshausen sagt am angegebenen Ort: „Hier spricht schon der von der Ausdrucksweise der §§ 51 bis 54 abweichende Wortlaut dafür, daß keineswegs habe ausgedrückt werden sollen, die Handlung eines Strafunmündigen sei überhaupt keine Handlung im Rechtssinne. Dazu kommt, daß die Motive zwar die Rückkehr zu der deutsch-rechtlichen Auffassung, wonach der Mensch bis zu einem Lebensalter „einer strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit" überhaupt ermangele, hervorheben, im übrigen aber den „Ausschluß der strafrechtlichen Verfolgbarkeit" betonen, wie auch der Preußisch-Wissenschaftliche Deputator es für ratsam erklärt hatte, „die Strafbarkeit eines Menschen erst mit dem zwölften Lebensjahr eintreten zu lassen". Endlich aber kann sachlich nicht bestritten werden, daß Kinder unter zwölf Jahren häufig bereits derart entwickelt sind, daß sie strafbare Handlungen mit dem erforderlichen Dolus begehen. Deshalb ist dafür zu erachten, daß § 55 lediglich den Ausschluß der Strafklage pp. für die Person des Strafunmündigen anordnet und damit folgeweise einen prozeßhindernden Grund aufstellt, daß er aber bei Strafunmündigen die Möglichkeit der Begehung einer strafbaren Handlung keineswegs ausschließt.

Nach dem in Note 5 Bemerkten hängt es von der individuellen Entwickelung des Strafunmündigen ab, ob er im Einzelfalle als Täter einer strafbaren Handlung anzusehen ist oder nicht; im ersten Fall kann Teilnahme anderer an ihr . . . bezüglich der Handlung stattfinden, während im letzteren Falle der Strafunmündige unter Umständen als Werkzeug eines Zurechnungsfähigen, der somit Täter sein würde, gehandelt haben kann."

Die von Oppenhoff und Olshausen angeführten Gründe treffen in keiner Weise den Kernpunkt der Sache. Was zunächst die Einwendung betrifft, daß Kinder unter zwölf Jahren bereits

---

der nicht strafunmündigen Teilnehmer nicht ausgeschlossen. Die Jugend des Täters beseitigt nicht seine Zurechnungsfähigkeit und damit die strafbare Handlung, sondern nur seine Strafbarkeit, entbehrt also jeder Bedeutung für die Strafbarkeit der Teilnehmer.

häufig mit dem erforderlichen Dolus handeln können, so ist darauf zu erwidern, daß der vorhandene Dolus noch nicht die Zurechnungsunfähigkeit beseitigt. Es liegt hier eine Verwechslung von Dolus und Schuld vor. Aber selbst, wenn man annimmt, daß Kinder unter zwölf Jahren häufig mit der erforderlichen Schuld handeln können, so kommt man dadurch der Lösung der Frage noch nicht näher. Den Kindern, die mit der erforderlichen Schuld handeln, lassen sich mindestens ebensoviel gegenüberstellen, die ohne dieselbe handeln. Dieser Grund ist demnach nicht einseitig zur Unterstützung der Ansicht, daß der § 55 einen Strafausschließungsgrund statuiere, verwendbar. Das Resultat, zu dem Olshausen-Zweigert (auch z. B. van Calker) kommt, daß je nach Lage des Falles mittelbare Täterschaft oder Teilnahme am Platze sein soll, mag ja de lege ferenda sehr zu wünschen sein, es läßt sich jedoch de lege lata nicht ableiten.

Auch aus dem Wortlaut kann man an und für sich eine Folgerung nach der einen oder anderen Seite nicht ziehen. Denn der Absatz 1 des § 55 drückt eine Tatsache aus, spricht aber in keiner Weise von dem inneren Grunde. Wenn dort steht „wer bei Begehung der Handlung das zwölfte Lebensjahr nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden", so bleibt immer noch die Frage offen „weshalb kann er nicht strafrechtlich verfolgt werden?" Daraus, daß sich der Wortlaut des § 55 von dem der vorhergehenden Paragraphen unterscheidet, ist eine Stütze für die Ansicht des Strafausschließungsgrundes noch nicht gegeben.

Wenn schließlich noch die Motive zur Begründung dieser Ansicht herangezogen werden, so kann man aus ihnen ebenso gut die entgegengesetzte Ansicht herleiten. Sie betonen, daß das StGB. zur deutsch-rechtlichen Auffassung, wonach der Mensch bis zu einem gewissen Lebensalter strafrechtlich unzurechnungsfähig ist, zurückkehrt.

Der § 55 soll nach Ansicht derjenigen, die in ihm einen Strafausschließungsgrund statuiert sehen, es unmöglich machen, daß der Mensch durch eine zu frühe Berührung mit den Strafgerichten abgestumpft wird und durch eine in frühester Jugend eventuell zu verbüßende Strafe seelischen Gefahren ausgesetzt ist.

Dieser Auffassung steht aber entgegen, daß die strafrechtliche Verfolgbarkeit ausgeschlossen ist, wenn bei der Begehung der Handlung das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet ist. Wenn der § 55 wirklich dem oben angeführten Gedanken seine Entstehung verdankte, dann dürfte nicht der Zeitpunkt der Be-

gehung der Handlung zu Grunde gelegt werden, sondern die Zeit der Aburteilung. Außerdem würde dann der § 55 eine rein prozeßrechtliche Bestimmung enthalten, deren Aufnahme in das materielle Recht jeglicher Begründung entbehrte.

Schließlich wird noch gegen die Auffassung, daß der § 55 einen Schuldausschließungsgrund enthält, geltend gemacht, daß es paradox erscheine, ein nicht ganz zwölf Jahre altes Kind als zurechnungsunfähig, dagegen dasselbe Kind, wenn es gerade das zwölfte Lebensjahr vollendet hat, als zurechnungsfähig zu behandeln. Aber auch dieser Grund trifft nicht ins Schwarze. Es kommt nicht darauf an, ob das betreffende Kind zurechnungsfähig oder unzurechnungsfähig ist. Denn gerade in den Grenzfällen spielt das Alter bezüglich der Zurechnungsfähigkeit gar keine Rolle, sondern die geistige und sittliche Reife. Vielmehr kommt es einzig und allein auf die Frage an, ob der Gesetzgeber Kinder unter zwölf Jahren als zurechnungsunfähig im strafrechtlichen Sinne behandelt wissen will. Also nicht die tatsächlichen Verhältnisse entscheiden, sondern das vom Gesetzgeber Gewollte. Daß dessen Wille aber in Wirklichkeit darauf geht, Kinder unter zwölf Jahren als zurechnungsunfähig im strafrechtlichen Sinne zu behandeln, dafür sprechen mehrere Gründe.

Die Bestrafung eines Jugendlichen zwischen zwölf und achtzehn Jahren ist von der vorhandenen zur Erkenntnis der Strafbarkeit der Handlung erforderlichen Einsicht abhängig gemacht. Daraus, daß diese Unterscheidung für die Kinder bis zum vollendeten zwölften Lebensjahre nicht getroffen ist, folgt notwendigerweise, daß diesen Personen die erforderliche Einsicht im allgemeinen abgesprochen werden soll. Ähnlich spricht sich Finger am angegebenen Orte, Seite 214, aus:

„Personen bis zur Vollendung des zwölften Lebensjahres sind deliktsunfähig. Die Richtigkeit dieser Anschauung ergibt sich aus der Verbindung der §§ 55 und 56 StGB. Aus § 55 StGB., welcher hinsichtlich der Personen zwischen dem vollendeten zwölften und achtzehnten Lebensjahre die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht von Fall zu Fall festzustellen gebietet, folgt, daß der Gesetzgeber den Personen bis zum vollendeten zwölften Lebensjahre diese Erkenntnis allgemein abspricht."

Auch Frank ist derselben Ansicht. Vgl. § 55, Note I:

„Die historische Tradition spricht dafür, daß der unter zwölf Jahren stehende unzurechnungsfähig ist, und in dieser Erwägung hat man den Grund für die Unverfolgbarkeit zu sehen.

Wer unter zwölf Jahren steht, ist somit nach den gleichen Regeln zu behandeln, wie die unter § 51 fallenden Personen. Strafbare Teilnahme an seiner Handlung ist daher nicht möglich, vielmehr erscheint die Beteiligung als mittelbare Täterschaft."

Schon das römische, kanonische und gemeine Recht kannten als Grund der aufgestellten Strafmündigkeitsgrenze den Mangel der geistigen Reife. Auch die Partikulargesetzbücher haben ausdrücklich betont, daß der Strafunmündige als zurechnungsunfähig anzusehen ist. Vergleiche z. B. das Braunschweigische Gesetzbuch vom 10. Juli 1890, § 30:

Nichtzurechnungsfähige.

Kinder unter vierzehn Jahren . . . können wegen gesetzwidriger Handlungen nicht bestraft werden.

Demselben Gedanken gibt das revidierte Sächsische Strafgesetzbuch vom 1. Oktober 1868 Ausdruck im Artikel 89:

Unzurechnungsfähigkeit von Kindern.

Kindern vor zurückgelegtem vierzehnten Jahr kann eine gesetzwidrige Handlung nicht als Verbrechen zugerechnet werden.

Artikel 37 des Hessischen Strafgesetzbuches vom 17. September 1891 lautet:

„Wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit findet keine Bestrafung statt gegen Kinder, welche das zwölfte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben."

Die Folge der Auffassung eines noch nicht Zwölfjährigen als eines strafrechtlich Zurechnungsunfähigen ist der Wegfall der strafbaren Handlung, die Folge davon wieder Unmöglichkeit der Teilnahme. Die Beteiligung erscheint als mittelbare Täterschaft[1]).

Soweit nun ein Kind nicht nur dem Gesetze nach, sondern auch tatsächlich als zurechnungsunfähig anzusehen ist, beruht die mittelbare Täterschaft auf denselben Gründen, wie sie oben bei der allgemeinen Besprechung der mittelbaren Täterschaft und der Zurechnungsunfähigkeit entwickelt sind. Der eigene Wille des Kindes ist in diesen Fällen dem Willen des Veranlassers derart unterworfen, daß man von einer bloßen Bestimmung zu der strafbaren Handlung nicht mehr sprechen kann. Anders dagegen in

[1]) Derselben Ansicht sind Berner, a. a. O., S. 80; Binding, a. a. O., S. 29; Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme (1890), S. 269; Finger, a. a. O., S. 214, 215; Frank, a. a. O., § 55, Note 1; Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, I, 137; Kohler, a. a. O., I, 114; v. Liszt, a. a. O., S. 166; Merkel, a. a. O., S. 56; Meyer-Allfeld, a. a. O., S. 125; Nagler, a. a. O., S. 125; Wachenfeld, a. a. O., S. 272.

den Fällen, in denen das Kind — außerhalb des Rahmens des Gesetzes betrachtet — unter vollkommener Einsicht der Strafwürdigkeit seiner Tat handelt, oder mit anderen Worten, sittlich so reif ist, daß es mit der erforderlichen Schuld handelt. Dann würde eine Veranlassung an und für sich als Anstiftung aufgefaßt werden müssen. Dem steht aber die positive Gesetzesbestimmung entgegen, die jedes Kind unter zwölf Jahren — gleichgültig, ob es sittlich reif ist oder nicht — als zurechnungsunfähig behandelt. In diesem Falle resultiert also die mittelbare Täterschaft nicht aus dem inneren Verhältnis des Veranlassers zum Kinde, sondern aus der Bestimmung des Gesetzes. Es wäre aber falsch, hier Anstiftung annehmen zu wollen.

Die Jugendlichen zwischen zwölf und achtzehn Jahren, welche die zur Erkenntnis der Strafbarkeit ihrer Handlung erforderliche Einsicht nicht besitzen, stehen den Kindern unter zwölf Jahren vollkommen gleich. Es sind hier demnach dieselben Konsequenzen für die mittelbare Täterschaft zu ziehen wie oben. Das Reichsgericht, das durch den § 56 auch nur einen Strafausschließungsgrund statuiert wissen wollte, scheint in seiner Rechtsprechung schwankend geworden zu sein[1]).

Diejenigen, die in dem § 55 einen Schuldausschließungsgrund erblicken, sehen diesen auch in dem § 56, mit Ausnahme von Frank, der das Unterscheidungsvermögen nicht als Bestandteil der Zurechnungsfähigkeit ansieht, sondern als „eine eigenartige Privilegierung der Jugendlichen, die nur die Bedeutung eines persönlichen Strafausschließungsgrundes hat“[2]).

Dasselbe, was von den Jugendlichen zwischen zwölf und achtzehn Jahren gesagt ist, gilt auch für die Taubstummen.

---

[1]) E. R. XXXIII, 298. Die Frage nach § 56$_1$ StGB. betrifft die Schuld des Angeklagten; sie steht im engsten Zusammenhange mit der bejahten Hauptfrage. Denn durch ihre Bejahung wird das in der Hauptfrage enthaltene „schuldig“ wieder aufgehoben, welcher Widerspruch nur aus dem praktischen Bedürfnisse hervorgegangen ist, dort, wo der Wegfall der Schuld ausschließlich in der mangelnden Einsicht des jugendlichen Angeklagten begründet ist, dieses feststellen zu lassen, um die Grundlage für die Maßnahmen des § 56$_2$ StGB. zu gewinnen.

[2]) Frank, a. a. O., § 56, Note III.

Kapitel VI.

Täuschung.

Der § 48 zählt unter den Mitteln der Anstiftung Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums auf. Es liegt jedoch nur insoweit Anstiftung vor, als der Irrtum nicht über Tatsachen erregt wird, deren Unkenntnis gemäß § 59 die Strafbarkeit ausschließt. Deshalb ist der Irrtum des § 48 immer ein solcher, der auf den Willensentschluß eines Menschen einwirkt, der sich der Strafbarkeit seiner Handlung vollkommen bewußt ist. Der Irrtum erstreckt sich auf solche Tatsachen, die — ihren wirklichen Bestand vorausgesetzt — geeignet sind, auf die Entschlußbildung des Täters in einem für Ausführung der Tat günstigen Sinne entgegen den für Nichtausführung der Tat sprechenden sittlichen Kräften einzuwirken. Es bestimmt z. B. A. den B. dadurch dazu, den C. zu töten, daß er dem B. glaubhaft versichert, C. habe B.s Mutter vergiftet. In diesem Falle weiß B., daß er eine strafbare Handlung, einen Mord begeht.

Anders dagegen, wenn der Irrtum über das Vorhandensein von Tatumständen erregt wird, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören. Hier ist die durch den Irrtum hervorgerufene Einwirkung auf den Willen des Handelnden eine ganz andere. Im ersten Falle geschah die Bestimmung zur Tat dadurch, daß den für Ausführung der Tat sprechenden Gründen ein Plus beigegeben wurde, in dem angenommenen Beispiel die entflammte Rachsucht. Wird dagegen der Irrtum über das Vorhandensein von Tatumständen erregt, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören, so wirkt der den Irrtum Erregende auf diejenigen inneren Stimmen des Handelnden, die gegen Ausführung der Tat sprechen, insofern ein, als diese Stimmen deshalb bei dem Handelnden nicht laut werden, weil er das Unrecht seiner Tat garnicht kennt. Es schickt z. B. der Reisende A. den Dienstmann B. in ein Hotel mit dem Auftrage, einen dort im Flur stehenden Koffer zu holen, und unter dem Vorwande, der Koffer gehöre ihm, dem A., während er in Wirklichkeit dem Reisenden C. gehört. Der Dienst-

mann B., der garnicht weiß, daß er eine fremde Sache wegnimmt, wird überhaupt nicht in einen inneren Konflikt kommen.

Es ist klar, daß in diesem letzten Falle die Einwirkung des Veranlassenden auf den Handelnden eine viel intensivere ist, als in dem zuerst genannten Falle. Eine bloße Bestimmung im Sinne des § 48 liegt hier nicht mehr vor. Vielmehr beherrscht der Veranlassende den Willen des Handelnden insofern, als er die sonst zur Bildung eines Willens mitwirkenden Gegenströmungen vollständig ausschaltet. In diesem Sinne ist der Handelnde gewissermaßen das Werkzeug des Veranlassenden[1][2][3]. Der Veranlassende selbst ist ein mittelbarer Täter.

Von der Förderung eines Irrtumes gilt dasselbe wie von der Erregung desselben.

---

[1]) Wachenfeld, a. a. O., S. 272: Selbst ein Zurechnungsfähiger kann bloßes Werkzeug des Täters sein, dies ist möglich, wenn er gezwungen oder getäuscht handelt.

[2]) v. Helldorf, Die mittelbare Täterschaft und die Verleitung zum Falscheide. Dissertation, Halle (1895), S. 16: So gut, wie ich mich eines unzurechnungsfähigen, bezw. strafrechtlich nicht verantwortlichen Menschen als Werkzeuges zur Begehung eines Verbrechens bedienen kann, gibt es auch Fälle, in denen jemand dazu einen strafrechtlich zurechnungsfähigen Menschen benutzt, indem er ihn, den physischen Täter, in Irrtum über die Kausalität seines Handels versetzt, so daß jener ohne Dolus handelt.

[3]) Olshausen-Zweigert, a. a. O., § 47, Note 17, § 59, Note 10; Finger, a. a. O., S. 336; v. Liszt, a. a. O., S. 219; Borchert, a. a. O., S. 27; Otto Majer, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Dissertation, Heidelberg (1905), S. 29; Oppenhoff-Delius, a. a. O., § 48, Note 7.

Kapitel VII.

Doloses Werkzeug.

Wie schon oben erwähnt, ist die mittelbare Täterschaft ein von der Wissenschaft ausgebildetes akzessorisches Institut, das nur da Anwendung finden soll, wo trotz Vorliegens eines strafbaren Erfolges eine genügende strafrechtliche Ahndung nach den Bestimmungen des Gesetzes nicht stattfinden kann. Die Möglichkeit, eine Person, die einen strafbaren Erfolg herbeigeführt hat, zur Sühne heranzuziehen, ist aber je nach der Auffassung des Begriffs „Täterschaft" eine verschiedene. In Verfolg der von ihm angenommenen subjektiven Theorie betrachtet das Reichsgericht denjenigen, der zwar die äußeren Tatbestandsmerkmale sämtlich erfüllt, aber nicht mit dem erforderlichen Tätervorsatz handelt, nicht als Täter, sondern nur als Gehilfen. Das hat zur Folge, daß der äußerlich hauptsächlich tätig werdende nur wegen Beihilfe bestraft werden kann, während ein anderer, der den Täterwillen besitzt, selbst aber nicht in Aktion tritt, sondern die Ausführung der Tat dem ersten überläßt, günstigstenfalls wegen Anstiftung zur Beihilfe zur Rechenschaft gezogen werden kann. Trotzdem also ein strafbarer Erfolg vorliegt, gibt es im vorliegenden Falle für die Anhänger der streng subjektiven Theorie keine Möglichkeit, lediglich nach den Bestimmungen des Gesetzes auch nur eine von den beiden Personen als Täter zu bestrafen. Folgender praktische der E. R. 31 80 entnommene Fall möge das Vorstehende erläutern.

Das Grundstück des G. war beschlagnahmt und sollte versteigert werden. Während des Versteigerungstermins, in dem er selbst anwesend war, ließ G. durch M. seiner Ehefrau den Auftrag zugehen, das zu dem Grundstücke gehörige Vieh und Wirtschaftsinventar nach einem anderen Orte zu schaffen. M. und die Ehefrau G. ließen dann durch den Schuhmacher A. und einen Knecht, die beide keine Kenntnis von der Beschlagnahme hatten, das Vieh und Inventar fortschaffen.

Das Reichsgericht hat den G. als Täter eines Vergehens gegen § 137 StGB. angesehen. Aus der Begründung sei folgendes angeführt:

„Es müssen vielmehr bei dem § 137, wie bei anderen Kommissivdelikten, die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze

über die Täterschaft Platz greifen, also auch die Grundsätze über die sogenannte mittelbare Täterschaft, nach denen auch derjenige Täter ist, der die Handlung durch Benutzung fremder körperlicher Tätigkeit ausführt, sei es, daß der andere eine unzurechnungsfähige oder gutgläubige Person ist, die lediglich die Stelle eines Werkzeugs vertritt, sei es, daß der andere bewußt rechtswidrig handelt, aber doch des selbständigen Täterwillens entbehrt. Wollte man dieses nicht annehmen, so würde bei Delikten, an denen in der zuletzt gedachten Weise zwei Personen beteiligt sind, niemand als Täter gestraft werden können, die eine nicht, weil sie körperlich nicht die Handlung ausgeführt, die andere nicht, weil sie nicht mit dem Täterwillen gehandelt hat, sondern nur die Tat des anderen hat unterstützen wollen.

Das Reichsgericht erkennt somit selbst die schwierige Lage, in die es durch die Annahme der rein subjektiven Theorie gekommen ist, unbedenklich an. Um nun trotzdem zu einem befriedigenden Resultat zu gelangen, muß es die Möglichkeit der mittelbaren Täterschaft auch auf den Fall ausdehnen, daß der unmittelbar tätig werdende bewußt rechtswidrig, aber ohne Täterwillen handelt[1]). Diese Ausdehnung ist meines Erachtens bedenklich und unvereinbar mit den Grundsätzen, aus denen heraus die mittelbare Täterschaft durch die Wissenschaft ausgebildet ist. Eine mittelbare Täterschaft vermittels „dolosen Werkzeugs“ ist undenkbar. Es ist auch gar nicht verständlich, wie jemand dolos handeln und gleichzeitig Werkzeug sein soll[2]). Eine psychische Einwirkung in einem die mittelbare Täterschaft begründenden Grade auf einen dolos Handelnden ist ja gerade deshalb, weil die betreffende Person dolos handelt, ausgeschlossen. Das Reichsgericht setzt sich mit seiner Auffassung in einen direkten Widerspruch mit dem § 48 StGB. Derjenige, der einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat, soll als Anstifter, nicht als Täter, bestraft werden. Mehr als eine bloße Bestimmung im Sinne des § 48 kann aber nie vorliegen, wenn der unmittelbar Handelnde sich über die Bedeutung seines Tuns vollkommen klar ist. Er entscheidet auf

---

[1]) Vgl. noch E. R. G. 1 146, 3 95, 14 86, 28 109, 39 37, und R 6 410.

[2]) Vgl. Beling ZStW. 28 593: Eine unmittelbar gefühlsmäßige Kritik wird sich schon gegen die uns zugemutete Vorstellung eines bewußt und selbständig handelnden „Werkzeugs“ sträuben; sie wird nicht gelten lassen können, daß man deswillen zum bloßen Werkzeug eines anderen werde, weil man mit seinem Handeln bestimmten Plänen dieses anderen förderlich wird.

Grund eigener, völlig freier Entschlußbildung. Durch seinen Willen kommt die Tat zur Ausführung. Dadurch, daß er sich zur Ausführung der Tat entschließt, wird der Kausalzusammenhang unterbrochen, und es liegt kein Grund vor, den einmal unterbrochenen Kausalzusammenhang künstlich wiederherzustellen, indem man die auf Grund eigener Entschlußbildung ausgeführten Handlungen des Ausführenden dem Veranlassenden zurechnet. Durch eine solche Zurechnung würde man ja den Willen des Ausführenden aus den für den Erfolg kausalen Momenten einfach ausschalten. Und doch ist es in erster Linie der Wille des Ausführenden, der die Tat zu ihrer Entstehung bringt. Und zwar steht die Ausführungsperson nicht im Banne des Veranlassenden, sie ist dessen Willen infolge von Zurechnungsunfähigkeit, Täuschung usw. in keiner Weise unterworfen, sondern ist bei der Entschlußbildung ihr eigener Herr.

Das Reichsgericht begründet in allen seinen Entscheidungen, in denen es die mittelbare Täterschaft vermittels eines dolosen Werkzeugs anerkennt, seine Ansicht nicht. Auch diejenigen, die in der Literatur den Standpunkt des Reichsgerichts vertreten, geben eine innere Begründung nicht an. Vgl. Olshausen-Zweigert § 47, Note 17, Abs. 2; Oppenhoff-Delius § 47, Note 4; Binding Grundriß Seite 150, Note 1[1]).

Diejenigen, die eine mittelbare Täterschaft mittels dolosen Werkzeugs nicht für möglich halten, weisen wiederholt auf die innere Verfallbarkeit dieser Konstruktion hin. Es erscheint ihnen unmöglich, die Tätigkeit eines für sein Tun selbständig verantwortlichen Menschen einem anderen zuzurechnen. Vgl. z. B. Mittermaier ZStW. 21 255:

„Das führt nun aber dazu, daß in diesen Fällen eine Willenlosigkeit des Verleiteten fingiert wird: er sei ‚insofern' willenlos, was ich für höchst bedenklich halten muß; denn abgesehen davon, daß Fiktionen im Recht überhaupt ihre Bedenken haben, sind sie im Strafrecht, das nur mit der wahren, natürlich klaren Begebenheit operieren soll, ganz unbrauchbar. Statt daß wir dann die Dinge nehmen wie sie sind, werden komplizierte Scheinverhältnisse geschaffen, die zu schiefen Ergebnissen führen."

[1]) Die Möglichkeit eines dolosen Werkzeugs bejahen noch: Borchert, a. a. O., S. 100; Ronde, Mittelbare Täterschaft, Dissertation Erlangen (1907), S. 33 ff; Finger, a. a. O., S. 336; Loening, Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs (1889), S. 149 1; A. A. v. Helldorf, a. a. O., S. 16.

v. Bar, am angegebenen Orte, Seite 627, hält die Möglichkeit eines „dolosen Werkzeugs" für widersinnig. Ähnlich äußert sich Meves in der Allgemeinen Deutschen Strafrechtszeitung XIII, Seite 162, Note 1:

„Die Theorie eines dolosen Werkzeugs verstößt nicht bloß gegen den Begriff, den man mit dem Wort ‚Werkzeug' zu verbinden hat, sondern auch gegen die Grundsätze des Strafrechts."

Die Anhänger der objektiven Theorie kommen nicht in die Verlegenheit, eine mittelbare Täterschaft vermittels dolosen Werkzeugs konstruieren zu müssen. Im obigen Beispiel sind die Ehefrauen G. und M. unzweifelhaft Täter des Vergehens gegen § 137 StGB., während der Ehemann G. als Anstifter anzusehen ist. Immerhin wollen auch einige Vertreter der objektiven Theorie eine mittelbare Täterschaft mittels dolosen Werkzeugs auch da anerkennen, wo das betreffende Delikt eine Absicht erfordert, diese Absicht aber bei dem Ausführenden nicht vorhanden ist. Vgl. v. Liszt, am angegebenen Orte, Seite 220: „Mittelbare Täterschaft liegt vor, wenn das Verbrechen eine bestimmte Absicht fordert (z. B. Aneignungsabsicht beim Diebstahl), diese Absicht aber dem zu der Tat benutzten Täter mangelt, während sie bei dem Bestimmenden vorliegt."

In dem Falle, daß A. eine dem B. gehörige bewegliche Sache diesem wegnimmt und sie dem C. gibt, soll also kein Diebstahl seitens des A. vorliegen, weil er nicht die Absicht gehabt hat, sich die Sache zuzueignen. Dieser Ansicht tritt mit Recht Wachenfeld entgegen[1]). Auch Frank, Ziffer III 2 vor § 47 sagt: „Vielmehr ist mit Wachenfeld zu behaupten, daß die Absicht, eine Sache an einen Dritten weiterzugeben, auch die Absicht in sich schließt, sie sich selbst zuzueignen."

Damit ist allerdings die Frage, ob eine mittelbare Täterschaft mittels dolosen Werkzeugs bei den Absichtsdelikten möglich ist, noch nicht beantwortet.

Beling, ZStW. 28, Seite 289 ff. (292) verneint sie, wobei er seiner Betrachtung den praktischen Fall zu Grunde legt, daß A. in der Absicht, unter Begünstigung der Brandstiftung einen Mord zu begehen, den B., der diese Absicht nicht hat und nicht kennt, zu einer vorsätzlichen Brandstiftung bestimmt. Nach der Judikatur des Reichsgerichts wäre A. mittelbarer Täter des Verbrechens gegen § 307, Ziffer 2 StGB., während B. als Gehilfe zu demselben Verbrechen bestraft werden müßte. Beling wendet gegen diese Auffassung ein:

[1]) Wachenfeld, a. a. O., § 22, Abs. 5.

„Denn es ist sicher, daß der vorsätzliche Brandstifter im Sinne des § 306 unbedingt Brandstiftungshaupttäter ist und nicht dadurch in die Kategorie der Gehilfen herabsinken kann, daß der Anstifter die in § 309_2 als Qualifikationsmoment verwendete Absicht hat."

Dieser Ansicht ist rückhaltlos zuzustimmen. Es ist nicht ersichtlich, warum dem B. von seiner eigenen Verantwortlichkeit etwas genommen und auf das Konto des A. gesetzt werden soll. B. ist und bleibt der Täter eines Verbrechens gegen § 306 StGB. Soweit die Ausführung der Tat, die Brandstiftung, in Betracht kommt, handelt B. auf Grund des eigenen Willens. Die erfolgte Brandstiftung ist auf seine Entschlußbildung und nicht auf die des A. zurückzuführen. Insofern kann deshalb B. nicht Werkzeug des A. sein. Nur soweit die Absicht des A. in Betracht kommt, unter Begünstigung der Brandstiftung einen Mord zu begehen, ist B. sein Werkzeug, also nur bei der Verwirklichung der Absicht, nicht aber bei der Ausführung der Tat.

Frank hält eine mittelbare Täterschaft mittels dolosen Werkzeugs im Einklang mit der Anschauung des Reichsgerichts bei den Sonderdelikten für möglich. Vgl. Ziffer III 1 b vor § 47:

„Wohl aber ist bei den Sonderdelikten mittelbare Täterschaft in der Art möglich, daß eine Person, die unmittelbarer Täter sein kann, mittelbarer wird. Ja man muß gerade bei den Sonderdelikten das Gebiet der mittelbaren Täterschaft im gewissen Sinne ausdehnen; der Umstand, daß die Zwischenperson zurechnungsfähig ist und vorsätzlich handelt, steht hier der mittelbaren Täterschaft nicht entgegen."

Seiner Ansicht tritt Wachenfeld am angegebenen Orte entgegen:

„Hat die Mittelsperson weder gezwungen noch getäuscht, sondern im vollen Bewußtsein ihres Tuns und mit der Möglichkeit, ihren Willen in anderer Weise zu betätigen, gehandelt, so hat sie die Handlung vorgenommen, weil sie dieselbe vornehmen wollte. Sie ist dann nicht Werkzeug; denn dessen Wesen ist's gerade, daß ein Wille in ihm nicht hervortritt. Damit ist mittelbare Täterschaft sowohl dann ausgeschlossen, wenn X. den Z. bestimmt, für ihn eine fremde Sache zu entwenden (A. M. v. Liszt, der zu Unrecht die Aneignungsabsicht bei Z. verneint), als auch dann, wenn ein Beamter einen Nichtbeamten zu einem Amtsverbrechen verleitet. (A. M. Reichsgericht.)

Kapitel VIII.

Befehl.

Bevor man die stafrechtlichen Folgen, die die Ausführung eines auf eine strafbare Handlung gerichteten Befehls hat, feststellen kann, ist es nötig, die erforderliche Klarheit über das Wesen des Befehls zu schaffen. Wie kommt es, daß eine Person, dem Befehle einer anderen gehorcht, daß sie den ausgesprochenen Willen der ersten Person selbst dann verwirklicht, wenn ihr die Ausführung unangenehm ist und Mühe und Beschwerden bringt?

Oppenhoff-Delius meint in der Note 5 zu § 52, am angegebenen Orte: „Sodann ist als unwiderstehliche Gewalt ein für den davon Betroffenen zwingender Befehl anzusehen".

Dieser Ansicht ist nach dem oben über den § 52 Ausgeführten keinesfalls beizutreten. Selbst ein Befehl, dem mit der Waffe in der Hand Nachdruck gegeben wird, kann nicht als unwiderstehliche Gewalt im Sinne des § 52 aufgefaßt werden.

Finger sieht im Befehl den Zwang[1]), und van Calker[2]) endlich will als Hauptmoment die Drohung behandelt wissen.

Beiden kann man in gewisser Beziehung zustimmen. Dadurch, daß im Falle der Nichtbefolgung des Befehls eine Strafe angedroht ist, wird ein gewisser Zwang auf den Befehlsempfänger zur Vornahme der anbefohlenen Handlung ausgeübt. Im allgemeinen erreicht die Drohung jedoch nicht den im § 52 bestimmten Grad.

Gänzlich außer Acht gelassen ist von Finger sowohl wie von van Calker das Subordinationsverhältnis. Der Befehl wirkt doch durch die Drohung erst in zweiter Linie, in erster Linie aber durch sich selbst. Der zum Gehorsam Verpflichtete führt die Handlung zunächst deshalb aus, weil sie ihm befohlen ist. Daran, daß er im Falle der Nichtbefolgung des Befehls Strafe zu gewärtigen hat, denkt er in den meisten Fällen überhaupt nicht.

---

[1]) Finger, a. a. O., S. 404: Neben der Voraussetzung zur Erfüllung einer Rechtspflicht kommt der Befehl eines Vorgesetzten noch insofern in Betracht, als er für den, an den er sich wendet, einen Zwang zur Vornahme der anbefohlenen Handlung bewirken kann.

[2]) van Calker, a. a. O., S. 7 ff.

Die Wirkung eines Befehls resultiert demnach aus dem Subordinationsverhältnis in Verbindung mit der Drohung, nicht aber aus der Drohung allein.

Selbstverständlich kann der Befehl diese ihm eigentümliche Wirkung nur haben, soweit auf Seiten des Befehlsempfängers eine Gehorsamspflicht besteht. Somit sind im Rahmen dieser Arbeit nur diejenigen Fälle zu betrachten, in denen sich die Gehorsamspficht auch auf strafbare Handlungen erstreckt. Soweit das der Fall ist, wirkt der Befehl für den Ausführenden als Schuldausschließungsgrund. Denn der zum Gehorsam Verpflichtete ist gewissermaßen Werkzeug in der Hand des Befehlenden. Er führt dessen Willen, nicht den eigenen, aus. Einen persönlichen Schuldausschließungsgrund aus dem rechtsverbindlichen Befehl herzuleiten, wie es van Calker tut[1]) dürfte nicht angängig sein, da die Tat an und für sich ihren Charakter nur durch den Ausführenden, aber nicht durch den Befehlenden erhält. In demselben Sinne spricht sich Wachenfeld in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Jahrgang 1892, Seite 451 ff., aus:

„Mit dieser Ansicht (nämlich Kennzeichnung des Befehls als persönlichen Schuldausschließungsgrundes) dürfte van Calker sich jedoch in einen Widerspruch verwickelt haben. Man kann wohl darüber streiten, ob man den rechtsverbindlichen Befehl zu den Straf- oder zu den Schuldausschließungsgründen zu rechnen habe, aber in ihm einen persönlichen Schuldausschließungsgrund zu sehen, der nur für die handelnde Person die Schuld beseitigt, geht nicht an. Denn der Täter gibt der Tat den Charakter. Handelt rechtlich der Gehorchende, und ist es nicht der Befehlsgeber, der durch ihn die Tat vollbringt, dann kann, wenn der Gehorchende schuldlos ist, von einem Delikt überhaupt keine Rede sein. Und umgekehrt, wenn ein Delikt vorliegt, muß den Täter Schuld treffen. Nimmt man mit van Calker an, der rechtsverbindliche Befehl schließe die Verantwortlichkeit für die Tat nicht aus, dann kann er in Bezug auf den Gehorchenden höchstens als Strafausschließungsgrund wirken."

Faßt man den rechtsverbindlichen Befehl als Schuldausschließungsgrund auf, so ergibt sich, daß der Befehlende als mittelbarer Täter für den herbeigeführten Erfolg haftet.

Anders liegt der Fall natürlich, wenn gegenüber dem Befehle keine Gehorsamspflicht besteht. Dann kann man in ihm nur eine

[1]) van Calker, a. a. O., S. 23.

Drohung oder einen Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt sehen, durch die niemals mittelbare Täterschaft, sondern nur Anstiftung begründet werden kann.

Da van Calker das zwischen dem Vorgesetzten und Untergebenen bestehende Subordinationsverhältnis zu wenig berücksichtigt und dem Befehle seine Wirkung in der Hauptsache nur durch die in ihm liegende Drohung zuschreibt, muß er in jedem Befehle, gleichgültig, ob er rechtsverbindlich ist oder nicht, Anstiftung sehen.[1]) Irrig ist seine Ansicht, die er am angegebenen Orte, Seite 22 folgendermaßen aufstellt: „Mittelbarer Täter ist der Befehlsgeber dann, wenn der Gehorchende überhaupt nicht vorausgesehen hat, daß er durch seine Tätigkeit den Verbrechenstatbestand erfüllen werde.“ In diesem Falle befindet sich der Ausführende in einem Irrtum nach § 59, und der Befehlende ist deshalb aus diesem Grunde mittelbarer Täter, nicht jedoch durch den Befehl.

Von der Regel, daß ein Befehl, demgegenübar eine Gehorsamspflicht nicht besteht, als Anstiftung aufzufassen ist, macht das MStGB. in seinem § 47 eine Ausnahme. Er lautet: „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Es trifft jedoch den Untergebenen die Strafe des Teilnehmers:

1. wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat, oder
2. wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte.“

Nach dem Wortlaut des § 47 ist demnach der Vorgesetzte immer Täter derjenigen Handlung, die in Ausführung seines Befehls begangen ist, wenn der Befehl ein Befehl in Dienstsachen ist, d. h. derjenige Befehl eines Vorgesetzten, welcher eine Dienstangelegenheit betrifft.

Ob der Untergebene straffrei ist oder ob ihn, wie es in § 47 ausgedrückt ist, die Strafe des Teilnehmers trifft, ist für die Beurteilung der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten vollständig gleichgültig. In beiden Fällen haftet der Vorgesetzte als Täter. Diese Ansicht ist zwar nicht unwidersprochen geblieben[2]), doch ergibt sich ihre Richtigkeit aus der Geschichte und aus dem Wortlaut des § 47.

---

[1]) van Calker, a. a. O., S. 21.

[2]) Koppmann-Weigel, Kommentar zum Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (1903) § 47, Note 12: Ist dagegen der Unter-

Der Entwurf zum MStGB. sagt im § 58: „Wird von einer Person des Soldatenstandes durch Ausführung eines Befehls in Dienstsachen eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen, so ist der Vorgesetzte, welcher den Befehl erteilt hat, als Täter zu betrachten. Der Untergebene bleibt straflos, insoweit er den Befehl nicht überschritten hat. Er ist jedoch als Mittäter zu betrachten, wenn die Befolgung des Befehls eine Handlung gegen die militärische Treue in sich schließt."

Dazu sagen die Motive:

„Mag nun bei Ausführung eines Befehls in Dienstsachen, durch welche eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen wird, der Untergebene straffrei oder strafbar sein, der Entwurf nimmt ausnahmslos an, daß, dem befehlenden Vorgesetzten gegenüber, der gehorchende Untergebene nur als dessen Handhabe erscheint. Aus diesem Grunde soll in allen diesen Fällen der Vorgesetzte nicht sowohl als der Anstifter, sondern vielmehr als der Täter betrachtet werden."

Der Entwurf will demnach den Vorgesetzten für alle in Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ausgeführten Handlungen als Täter betrachtet wissen. Davon geht der § 47 in keiner Weise ab. Das ergibt sich einmal aus der Voranstellung der allgemeinen Regel: „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich." Wenn der Vorgesetzte im Falle der Straflosigkeit des Untergebenen als Täter, im Falle der Strafbarkeit desselben als Anstifter haftbar gemacht werden sollte, dann wäre diese Anordnung des § 47 redaktionell direkt falsch. Ferner soll der Untergebene „die Strafe des Teilnehmers" erleiden. Damit ist ausdrücklich gesagt, daß der Untergebene nicht Täter ist. Drittens geht das auch noch daraus hervor, daß in Ziffer 2 des § 47 die Übertretungen ausgenommen sind.

---

gebene in Kenntnis, daß der Befehl die Verletzung eines Strafgesetzes von Anbeginn an bezweckte, über den Befehl hinausgegangen und hat er hierdurch noch ein anderes Strafgesetz verletzt oder das durch den Befehl bezweckte Verbrechen oder Vergehen in einer höheren Qualifikation, so ist der Vorgesetzte nicht als Täter, sondern als Anstifter und auch hier nur insoweit verantwortlich, als der Untergebene nicht über den Befehl hinausgegangen ist. In diesem Falle den Vorgesetzten ebenfalls als Täter aufzufassen, erscheint nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht angängig, da er nur solange Täter sein kann, als der Untergebene durch seinen Befehl vollkommen gedeckt, d. h. straflos ist. Vgl. auch Note 16. Ebenso van Calker, a. a. O., S. 127.

Diese Ausnahme wäre widersinnig, wenn der Untergebene und nicht der Vorgesetzte Täter wäre.

Derselben Ansicht ist von Nostiz-Wallwitz[1]), Elsner von Gronow-Sohl[2]), Wachenfeld[3]), im Prinzip auch van Calker[4]), der nur aus praktischen Rücksichten und, um Übereinstimmung mit dem StGB. zu erzielen, den Vorgesetzten als Anstifter betrachtet wissen will.

In dem Falle, daß der Untergebene den ihm erteilten Befehl überschritten hat, ist der Vorgesetzte für das plus nicht verantwortlich, auch nicht als Anstifter, da er dafür keinen Befehl gegeben hat.

Resultat dieses Kapitels ist demnach folgendes:

Jeder Befehlsgeber haftet für strafbare Handlungen, die der zum Gehorsam Verpflichtete in Ausführung des Befehls innerhalb seiner Gehorsamspflicht ausführt, als mittelbarer Täter, für Handlungen jedoch, die der Untergebene aus seiner Gehorsamspflicht heraus nicht auszuführen braucht, als Anstifter. Im ersten Falle ist der Untergebene Werkzeug, im zweiten Falle Täter.

Der militärische Vorgesetzte haftet für jede in Ausführung eines Befehls in Dienstsachen begangene Handlung als mittelbarer Täter. Der Untergebene ist Werkzeug, im Falle der Ziffer 2 des § 47 Teilnehmer, während der Fall der Ziffer 1 des § 47 das Verhältnis vom Vorgesetzten zum Untergebenen im Grunde genommen garnicht berührt.

---

[1]) von Nostiz-Wallwitz, Das militärische Delikt des Ungehorsams (1906) S. 55: „Den Untergebenen soll ferner die Strafe des Teilnehmers treffen, wenn er durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen, von dem ihm bekannt gewesen, daß er einen Ungehorsam im Sinne des MStGB. bezweckte, ein Ungehorsamsdelikt begeht. Auch hier ist der Vorgesetzte, der den Befehl gab, für das Delikt allein verantwortlich. Er ist der Täter, der sog. mittelbare Täter, der Untergebene dagegen ist nur als willenloses Werkzeug tätig gewesen."

[2]) Elsner von Gronow-Sohl, Militärstrafgesetzbuch für das deutsche Reich (1906) § 47, Ziffer 7.

[3]) Wachenfeld, in Holtz. Enzykl., S. 272.

[4]) van Calker, a. a. O., S. 127.